

Besitzbegriff und Besitzesschutz im Zürcher Privatrechtlichen Gesetzbuch Johann Caspar Bluntschlis

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
MARKUS AFFENTRANGER
von Adliswil ZH und Gettnau LU

1907

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Claudio Soliva

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich



Besitzbegriff und Besitzesschutz im Zürcher Privatrechtlichen Gesetzbuch Johann Caspar Bluntschli

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
MARKUS AFFENTRANGER
von Adliswil ZH und Gettnau LU

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Claudio Soliva

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 3. Juni 1987

Der Dekan:
Prof. Dr. Claudio Soliva

Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Band 13 der Reihe
Zürcher Studien zur Rechtsgeschichte
Herausgegeben von Mitgliedern der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich

PARENTIBUS MEIS ET UXORI MEAE - AMATIS

Ich möchte an dieser Stelle ausdrücklich Herrn Prof. Dr. Claudio Soliva, Zürich, danken, der die vorliegende Arbeit angeregt hat. Namentlich in der Schlussphase hat er mit wichtigen Hinweisen und gezielter Kritik Wesentliches zum Gelingen dieser Dissertation beigetragen. Dank gebührt ausserdem den Herren Prof. Dr. Bruno Huwiler, Bern, und Prof. Dr. Peter Weimar, Zürich. Beide liessen mir wertvolle Ratschläge zukommen. Dr. Bruno Schmid, Leiter der Paul Kläui-Bibliothek in Uster, versah mich mit schwer zugänglicher Literatur. Seine Mithilfe sei deshalb ebenfalls dankend vermerkt.

Frau M. Schüpbach-Stamm, Regensdorf, hat in verdankenswerter Weise die Reinschrift der Arbeit besorgt.

Besonderer Dank gebührt meinen Angehörigen: meinen Eltern, die mir die ganze Ausbildung ermöglichten, meiner Schwiegermutter, lic.phil. I Angelika Kirchrath-Suter, welche die Arbeit nach sprachlichen und stilistischen Unebenheiten durchsah und natürlich insbesondere meiner lieben Gattin Angelika, lic.phil. I, die mir immer wieder eine bereitwillige Zuhörererin war und mich ermutigte und unterstützte.

VORWORT

Gegenstand der vorliegenden Arbeit bildet eine Untersuchung der massgeblichen Bestimmungen zu **B e s i t z b e g r i f f** und **B e s i t z e s s c h u t z**¹⁾ des Privatrechtlichen Gesetzbuches für den Kanton Zürich (1853 - 1855). Da diese Kodifikation als Ganzes und insbesondere auch im Bereiche des Besitzrechtes²⁾ ein Werk Johann Caspar BLUNTSCHLI darstellt, ist diese Untersuchung zugleich eine solche zur Besitzlehre dieses - nach den Worten VONTOBELS³⁾ - "wohl interessantesten und meisdiskutierten zürcherischen Rechtsgelehrten".

Anlass zu dieser Schrift bot namentlich der Umstand, dass einerseits der Zürcher Privatrechtskodifikation unter den kantonalen Zivilgesetzbüchern des 19. Jahrhunderts allgemein hohes Lob zuteil wurde⁴⁾, andererseits aber das Besitzrecht dieses Gesetzes eine eher negative Beurteilung erfuhr⁵⁾.

Die Arbeit ist in drei Teile gegliedert. In der Erwägung, dass jedes Werk entscheidend vom Erleben und Denken seines jeweiligen Erschaffers geprägt ist, befasst sich der erste Teil mit J.C. BLUNTSCHLI.

Der zweite Teil wird eröffnet mit einer historischen Einführung unter dem Titel "Institutionen- und Dogmengeschichtliches zu Besitzbegriff und Besitzesschutz". Hier werden kurz die wichtigsten Begriffe geklärt und erläutert sowie in groben Zügen dargelegt, wie sich das antike römische Besitzrecht - soweit es hier interessiert - im Laufe der Zeit bis zur Schwelle des 19. Jahrhunderts entwickelt hat.

Daran schliesst sich im folgenden die Erläuterung der Regeln des PGB zu Besitzbegriff und Besitzesschutz an. Vergleichend herangezogen werden dabei die romanistische Besitzesdoktrin, vorab SAVIGNYS Abhandlung zum "Recht des Besitzes", sowie die beiden deutschsprachigen Vernunftrechtskodifikationen, das ABGB und das ALR, mit welchen sich BLUNTSCHLI im Vorfeld seiner gesetzgeberischen Tätigkeit nachweislich auseinandergesetzt hat⁶⁾. Auf einen Vergleich mit dem französischen Code civil, dem von BLUNTSCHLI seinerzeit meistverehrten Gesetzeswerk, wurde darum verzichtet, weil dieses "eine um-

fassende, einigermaßen abgeschlossene Regelung des Besitzes" überhaupt nicht kannte⁷⁾. Die damals bereits bestehenden Zivilrechtskodifikationen der deutschen Schweiz, die Gesetzbücher von Bern, Luzern und Solothurn⁸⁾, waren im wesentlichen "vom österreichischen ABGB" geprägt⁹⁾, während diejenigen der welschen Schweiz, Freiburg und Waadt, auf dem Code civil fussten¹⁰⁾. Aus diesem Grunde wurden auch diese Kodifikationen nicht in die vergleichende Betrachtung miteinbezogen.

Im dritten und letzten Teil der Arbeit sind die Erkenntnisse der Untersuchung festgehalten, und abschliessend wird noch ein Blick auf die Gegenwart, auf die entsprechende besitzrechtliche Regelung des schweizerischen ZGB geworfen.

INHALTSVERZEICHNIS

	<u>Seite:</u>
Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	VII
Quellen- und Literaturverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
 I. Zu J.C. BLUNTSCHLI als Verfasser des Zürcher Privatrechtlichen Gesetzbuches	 1
II. Besitzbegriff und Besitzesschutz im Zürcher Privat- rechtlichen Gesetzbuch (PGB) J.C. BLUNTSCHLIS	7
1) Einführung: Institutionen- und Dogmengeschicht- liches zu Besitzbegriff und Besitzesschutz	7
A) Zur Gewere im deutsch-mittelalterlichen Recht	7
B) Zur 'possessio' im römischen und römisch-ge- meinen Recht	10
a) 'possessio' im römischen Recht der Antike	10
b) 'possessio' im römisch-gemeinen Recht der Glossatoren- und Kommentatorenzeit	15
c) 'possessio' im römisch-gemeinen Recht des 'usus modernus pandectarum'	21
2) Regelung des PGB im einzelnen	25
A) Besitzbegriff	25
a) Grundsätzliche Begriffsbestimmung: die begriffswesentlichen Elemente	25
aa) 'corpus'	27
bb) 'animus'	31
cc) Zur Frage eines mehrfachen Besitzes im PGB	38
b) Begriff des ideellen Besitzes	41
B) Besitzesschutz	47
a) "Redlichkeit des Besitzes" als Voraus- setzung für einen umfassenden Besitzes- schutz	47
b) Besitzesschutz bei Störung des Besitzes	57
c) Besitzesschutz bei Entziehung des Besitzes	61
d) Exkurs: Zur dinglichen Besitzrechtsklage	67
III. Schlussbemerkungen mit Ausblick auf das Besitzrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches	73
Anmerkungen	79



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507228_0020

QUELLEN- UND LITERATURVERZEICHNIS

Die nachstehend aufgeführte Literatur wird in der vorliegenden Arbeit meist nur mit dem Namen des Verfassers und allenfalls einem erläuternden Zusatz zitiert; Beispiele: BRUNS, S. 260; SAVIGNY, Recht des Besitzes, § 37, S. 477.

ALBRECHT Wilhelm Eduard, Die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts, Königsberg 1828.

ALLGEMEINES BUERGERLICHES GESETZBUCH für die gesamten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie von 1811, in: Oesterreichische Justizgesetze; mit Erläuterungen aus der oberstgerichtlichen Rechtssprechung von Dr. Leo Geller, Wien 1881.

ALLGEMEINES LANDRECHT für die Preussischen Staaten von 1794; Textausgabe mit einer Einführung von Hans Hattenhauer und einer Bibliographie von Günther Bernet, Frankfurt a.M./Berlin 1970.

APATHY Peter, Die publizianische Klage; das relative dingliche Recht des rechtmässigen Besitzers, Wien 1981.

ARNOTS Ludwig, Die neuesten Versuche deutscher Civil-Gesetzgebung, in: Kritische Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft I, München 1853, S. 339ff.

ARNOTS Ludwig, Lehrbuch der Pandekten, 4. A., München 1861.

- BADER Karl Siegfried, Rechtformen und Schichten der Liegenschaftsnutzung im mittelalterlichen Dorf; 3. Teil der Studien zur Rechtsgeschichte des mittelalterlichen Dorfes, Wien/Köln/Graz 1973.
- BAUHOFFER Arthur, Entstehung und Bedeutung des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches von 1853 - 1855, in: ZSR NF 46 (1927), S. 1ff.
- BECK Alexander, Friedrich Ludwig von Keller, in: Schweizer Juristen der letzten hundert Jahre, hrsg. von Hans Schulthess, Zürich 1945, S. 107ff.
- BERGFELD Christoph, Savigny und Donellus, in: IUS COMMUNE VIII (1979), S. 24ff.
- BILLETER Attilio, Der Begriff des Besitzes nach römischem und canonischem Recht in Vergleichung mit dem zürcherischen Recht, Diss. Zürich 1889.
- BINDER Wolfgang, Die Epochen der neueren deutschen Literatur von 1500 bis zur Gegenwart (Vorlesungsskriptum), 5. A. Zürich 1983.
- BLUNTSCHLI Johann Caspar, Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich, mit Erläuterungen herausgegeben, 4 Bände, Zürich 1854 - 1856 (zit. BLUNTSCHLI, Erl. zu § ...).
- BLUNTSCHLI Johann Caspar, Aufgabe der neuen Gesetzbücher (I.); Die bisherigen neuen Gesetzbücher des Auslandes (II.); Die bisherigen Gesetzbücher der schweizerischen Kantone (III.); in: Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich, 1. Bd. (Das

zürcher. Personen- und Familienrecht) mit Erläuterungen hrsg. von J.C. Bluntschli, Zürich 1854 (Abdruck der von Bluntschli im Januar 1844 im "Beobachter aus der östlichen Schweiz" publizierten Aufsätze), S. XIff.

BLUNTSCHLI Johann Caspar, Denkwürdiges aus meinem Leben; auf Veranlassung der Familie durchgesehen und veröffentlicht von Dr. R. Seyerlen, 3 Bde., Nördlingen 1884.

BLUNTSCHLI Johann Caspar, Deutsches Privatrecht, 2 Bände, München 1853/1854.

BLUNTSCHLI Johann Caspar, Die neueren Rechtsschulen der deutschen Juristen, Zürich und Frauenfeld 1841.

BRUNS Carl Georg, Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart, Tübingen 1848.

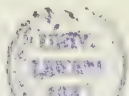
BUEHLER Theodor, "Hand wahre Hand" und sein Niederschlag im ZGB, in: ZSR NF 91 I (1972), 55 ff.

COING Helmut, Die juristische Fakultät und ihr Lehrprogramm, in: HPrRG I, München 1973, S. 39ff.

CONRAD Hermann, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. I, 2. A., Karlsruhe 1962.

DERNBURG Heinrich, Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes des römischen Rechts, Halle 1883.

DILCHER Gerhard / KERN Rüdiger, Die juristische Germanistik des 19. Jahrhunderts und die Fachtradition der Deutschen Rechtsgeschichte, in: ZRG GA 100 (1984), S. 1ff.



zürcher. Personen- und Familienrecht) mit Erläuterungen hrsg. von J.C. Bluntschli, Zürich 1854 (Abdruck der von Bluntschli im Januar 1844 im "Beobachter aus der östlichen Schweiz" publizierten Aufsätze), S. XIff.

- BLUNTSCHLI Johann Caspar, Denkwürdiges aus meinem Leben; auf Veranlassung der Familie durchgesehen und veröffentlicht von Dr. R. Seyerlen, 3 Bde., Nördlingen 1884.
- BLUNTSCHLI Johann Caspar, Deutsches Privatrecht, 2 Bände, München 1853/1854.
- BLUNTSCHLI Johann Caspar, Die neueren Rechtsschulen der deutschen Juristen, Zürich und Frauenfeld 1841.
- BRUNS Carl Georg, Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart, Tübingen 1848.
- BUEHLER Theodor, "Hand wahre Hand" und sein Niederschlag im ZGB, in: ZSR NF 91 I (1972), 55 ff.
- COING Helmut, Die juristische Fakultät und ihr Lehrprogramm, in: HPrRG I, München 1973, S. 39ff.
- CONRAD Hermann, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. I, 2. A., Karlsruhe 1962.
- DERNBURG Heinrich, Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes des römischen Rechts, Halle 1883.
- DILCHER Gerhard / KERN Rüdiger, Die juristische Germanistik des 19. Jahrhunderts und die Fachtradition der Deutschen Rechtsgeschichte, in: ZRG GA 100 (1984), S. 1ff.

XIII

- | | |
|--|--|
| ELSENER Ferdinand, | Die Schweizer Rechtsschulen vom 16. bis zum 19. Jahrhundert, Zürich 1975. |
| ERLER Adalbert, | Kirchenrecht, 4. A., München 1975. |
| FLIESS Wolfgang, | Die Begriffe 'Germanisches Recht und Deutsches Recht bei den Rechtshistorikern des 19. und 20. Jahrhunderts, Diss. Freiburg i.Br. 1968. |
| FOERSTER Franz, | Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts auf der Grundlage des gemeinen deutschen Rechts, II./III. Band, Berlin 1866/1868. |
| FRITZSCHE Hans, | Johann Caspar Bluntschli, in: Schweizer Juristen der letzten hundert Jahre, hrsg. von Hans Schulthess, Zürich 1945, S. 135ff. |
| GAUPP Ernst Theodor, | Kritische Untersuchungen über die Gewere des deutschen Rechts, in: Zeitschrift für deutsches Recht I, Tübingen 1839, S. 87ff. |
| GIERKE Otto von, | Deutsches Privatrecht, 2. Band, Leipzig 1905. |
| GRAF Eduard /
DIETHERR Mathias, | Deutsche Rechtssprichwörter (unter Mitwirkung der Professoren J.C. Bluntschi und K. Maurer) gesammelt und erklärt, Nördlingen 1864. |
| GUGGENBUEHL Paul, | Die Entstehung des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches, Diss. Zürich 1924. |
| HAURI Ernst, | Die deutschrechtliche Gewere und ihr Einfluss auf die Besitzlehre des ZGB, Diss. Bern 1942. |
| HAUSMANINGER Herbert /
SELB Walter, | Römisches Privatrecht, 2. Auflage, Wien / Köln 1983. |

XIV

- | | |
|---------------------|--|
| HEDINGER Martin P., | System des Besitzrechts, ASR
Heft 493, Bern 1985. |
| HEUSLER Andreas, | Die Gewere, Weimar 1872. |
| HINDERLING Hans, | Der Besitz, in: Schweizerisches
Privatrecht, Bd. V/1, Basel /
Stuttgart 1977. |
| HOMBERGER Arthur, | Zürcher Kommentar zum Schweizeri-
schen Zivilgesetzbuch; IV. Bd.
(Das Sachenrecht), 3. Abteilung,
2. A., Zürich 1938. |
| HOMMEYER Carl G., | Des Sachsenspiegels zweiter Theil
nebst den verwandten Rechtsbü-
chern, 2. Bd., Berlin 1844. |
| HORN Norbert, | Die legistische Literatur der
Kommentatoren und der Ausbreitung
des gelehrten Rechts, in: HPrRG I,
München 1973, S. 261ff. |
| HUBER Eugen, | Die Bedeutung der Gewere im deut-
schen Sachenrecht, Festgabe für
die Universität Halle, Bern 1894. |
| HUBER Eugen, | Erläuterungen zum Vorentwurf eines
schweizerischen Zivilgesetzbuches,
Band II, 2. A., Bern 1914. |
| HUBER Eugen, | System und Geschichte des Schwei-
zerischen Privatrechts, 4 Bände,
Basel 1886 - 1893. |
| HUEBNER Rudolf, | Grundzüge des deutschen Privat-
rechts, 5. A., Leipzig 1930. |
| HUWILER Bruno, | Der Begriff der Zession in der
Gesetzgebung seit dem Vernunft-
recht; zugleich ein Beitrag zur
Entwicklung der vermögensrechtli-
chen Lehren, Zürcher Beiträge
zur Rechtswissenschaft, Heft 470,
Zürich 1975 (zit. HUWILER, S.). |

- HUWILER Bruno, Begriff und Rechtswirkung: Zum Zessionsrecht des Obligationenrechts von 1881, in: Das Obligationenrecht 1883 - 1983 (Berner Ringvorlesung zum Jubiläum des schweizerischen Obligationenrechts), hrsg. von Pio Caroni, Bern / Stuttgart 1984, S. 209ff. (zit. HUWILER, Begriff und Rechtswirkung: Zum Zessionsrecht des OR von 1881, in: Das Obligationenrecht 1883 - 1983).
- HUWILER Bruno, Vindikationsprinzip versus Hand wahre Hand; Dogmengeschichtliches zur Rechtfertigung des gutgläubigen Eigentumserwerbs, in: Peterhauser Kolloquium aus Anlass des 80. Geburtstages von Karl S. Bader, hrsg. von C. Schott und C. Soliva, Sigmaringen 1986.
- JOERS Paul / KUNKEL Wolfgang / WENGER Leopold, Römisches Privatrecht, 3. A., Berlin / Göttingen / Heidelberg 1949 (Nachdruck Berlin / Heidelberg / New York 1978).
- KASER Max, Das Römische Privatrecht, 1. Abschnitt (das altrömische, das vorklassische und das klassische Recht), 2. A., München 1971.
- KASER Max, Das Römische Privatrecht, 2. Abschnitt (die nachklassischen Entwicklungen), München 1959.
- KASER Max, Römisches Privatrecht (Ein Studienbuch), 13. Auflage, München 1983.
- KASER Max, Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht, in: Forschungen zum römischen Recht I, 2. A., Köln / Graz 1956.

- KASER Max, Zur Methode der römischen Rechtsfindung, in: Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, I. philologisch-historische Klasse Nr. 2, 2. A., Göttingen 1969.
- KELLER Friedrich Ludwig v. Pandekten (Vorlesungen); (aus dem Nachlasse des Verfassers hrsg. von Emil Friedberg), Leipzig 1861 (zit. KELLER, Pandektenvorlesungen).
- KELLER Friedrich Ludwig v. Die neuen Theorien in der Zürcherischen Rechtspflege, Zürich 1828.
- KELLER Iso, Rechtsethik und Rechtstechnik in der modernen kontinental-europäischen Zivilgesetzgebung, am Zürcher Privatrechtlichen Gesetzbuch als Hauptbeispiel erläutert, Aarau 1947.
- KLEINHEYER Gerd / SCHROEDER Jan (Hrsg.), Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten, Karlsruhe / Heidelberg 1976.
- KLEMM Peter C., Eigentum und Eigentumsbeschränkungen in der Doktrin des usus modernus pandectarum, untersucht anhand der Pandektenkommentare von Struve, Lauterbach und Stryk; Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe A: Privatrecht, Basel / Frankfurt a.M. 1984.
- KOCH Christian F., Kommentar zum Allgemeinen Landrecht für die Preussischen Staaten, Band I/1, 4. A., Berlin 1870.
- KOEBLER Gerhard, Rechtsgeschichte; ein systematischer Grundriss, 2. A., München 1978.

XVII

- KOEBLER Gerhard, Die Herkunft der Gewere, in: TRG 1975, S. 195 ff.
- KORNBLUM U., Beweis, in: HRG I, Berlin 1971, Sp. 401 ff.
- KOSCHAKER Paul, Europa und das römische Recht, 4. A., München und Berlin 1966.
- KROESCHELL Karl, Deutsche Rechtsgeschichte, Band 2, 4. A., Opladen 1980.
- KROESCHELL Karl, Zur Lehre vom "germanischen" Eigentumsbegriff, in: Rechtshistorische Studien, Hans Thieme zum 70. Geburtstag zugeeignet, Köln / Wien 1977, S. 34 ff.
- KUNKEL Wolfgang, 'Civilis und naturalis possessio', in: Symbolae Friburgenses in honorem Ottonis Lenel, Leipzig 1932, S. 40ff.
- LAUTNER Julius G., Zur Bedeutung des römischen Rechts für die europäische Rechtskultur und zu seiner Stellung im Rechtsunterricht, hrsg. von Claudio Soliva und Bruno Huwiler, Zürich 1976.
- LIVER Peter, Rechte Gewere und Ersitzung, in: FS Hermann Rennefahrt, Bern 1958.
- MATERIALIEN des allgemeinen Landrechts zu den Lehren vom Gewahrsam und Besitz und von der Verjährung, hrsg. von August Heinrich SIMON und Heinrich Leopold VON STRAMPFF, in: Zeitschrift für wissenschaftliche Bearbeitung des preussischen Rechts, III. Band, Berlin 1836.
- MITTERMAIER Karl Joseph A. Die neuesten Gesetzgebungsarbeiten auf dem Gebiete der Civilgesetzgebung..., in: Archiv für die civilistische Praxis 36, S. 94ff.

XVIII

- MUELLER-BUECHI E.F., Friedrich von Wyss und das Zürcher Privatrechtliche Gesetzbuch, in: ZSR NF 84 (1965), S. 325 ff.
- OFNER Julius (Hrsg.), Der Ur-Entwurf und die Berathungsprotokolle des Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, 2 Bände, Wien 1889.
- OGRIS Werner, Besitz, in: HRG I, Berlin 1971, Sp. 389 ff.
- OGRIS Werner, Gewere, in: HRG I, Berlin 1971, Sp. 1658 ff.
- OGRIS Werner, Fahrnis, Fahrhabe, in: HRG I, Berlin 1971, Sp. 1049 ff.
- OPPIKOFER Hans, J.C. Bluntschlis Theorie und die einheimische Rechtsentwicklung, in: ZSR NF 60 (1941), S. 361 ff.
- PETER Hans, J.C. Bluntschli, in: HRG I, Berlin 1971, Sp. 456ff.
- PETER Hans, Römisches Recht im mittelalterlichen Zürich, in: Zürcher Taschenbuch auf das Jahr 1962, Zürich 1961, S. 22ff.
- PETER Hans, Zur Regelung des Besitzes im französischen Code civil, in: FS für Heinz Hübner, Berlin / New York 1984, S. 173ff.
- PROTOKOLLE der Gesetzesrevisionskommission über die Beratungen des Privatrechtlichen Gesetzbuches für den Kanton Zürich, Staatsarchiv des Kantons Zürich, Signatur: PP 12/1.
- PUCHTA Georg Friedrich, Besitz (1839), in: Kleine Schriften von G.F. Puchta, hrsg. von Rudorff, Leipzig 1851, S. 408ff.
- PUCHTA Georg Friedrich, Pandekten, 7. A. (nach dem Tode des Verfassers besorgt von A. Rudorff), Leipzig 1853.

- RANDA Anton, Der Besitz nach österreichischem Rechte mit Berücksichtigung des gemeinen Rechtes, des preussischen, französischen und sächsischen Gesetzbuches, Leipzig 1865.
- RICCOBONO Salvatore, Zur Terminologie der Besitzverhältnisse, in: ZRG RA 31 (1910), S. 321 ff.
- RUETTIMANN Johann Jakob, Die Lehre vom Besitze nach den privatrechtlichen Gesetzbüchern der Schweiz, in: Kleine vermischte Schriften juristischen und biographischen Inhalts von Prof. Dr. J.J. Rüttimann, Zürich 1876, S. 173ff.
- SAVIGNY Friedrich Carl v., Das Recht des Besitzes; eine civilistische Abhandlung, 6. Auflage, Giessen 1837.
- SCHERNER K.O., Pacht, in: HRG III, Berlin 1984, Sp. 1396ff.
- SCHEYHING R., Eideshelfer, in: HRG I, Berlin 1971, Sp. 870ff.
- SCHLOSSER Hans, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 5. Auflage, Heidelberg 1985.
- SCHNEIDER Albert, Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich, auf Grundlage des Bluntschlischen Kommentars allgemeinfasslich erläutert, Zürich 1888 (betrifft das revidierte Privatrechtliche Gesetzbuch von 1887).
- SCHNELL Johannes, Die neuen Civilgesetze von Zürich, Neuenburg und Wallis, in: ZSR 6 (1857), S. 53ff.

- SCHOTT Clausdieter, Rat und Spruch der Juristenfakultät Freiburg im Breisgau, Freiburg i.Br. 1964.
- SCHOTT Clausdieter (Hrsg.) Eike von Repgow, Der Sachsenspiegel, Zürich 1984.
- SIBER Heinrich, Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung; II.: Römisches Privatrecht, Berlin 1928.
- SOELLNER Alfred, Zu den Literaturtypen des deutschen 'Usus modernus', in: IUS COMMUNE II (1969), S. 167ff.
- SOHM Rudolf, Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts, 17. A. (bearbeitet von Ludwig MITTEIS, hrsg. von Leopold WENGER), München und Leipzig 1924 (zit. SOHM/MITTEIS/WENGER,...).
- STARK Emil W., Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht; IV. Bd. (Das Sachenrecht), 3. Abteilung, 1. Teilband, 2. A., Bern 1984.
- STINTZING Roderich / LANDSBERG Ernst, Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, III. Band, Abt. 2, S. 552ff.
- STOBBE Otto, Handbuch des Deutschen Privatrechts, 5. Bd., Berlin 1885.
- STUBENRAUCH Moriz von, Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch vom 1. Juni 1811 sammt den dazu erflassenen Nachtrags-Verordnungen (Kommentar), 1. Band, Wien 1854.
- TEMME J.D.H., Handbuch des Preussischen Civilrechts, Leipzig 1832.
- THIEME Hans, Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, in: HRG I, Berlin 1971, Sp. 99ff.

- TRENK-HINTERBERGER P., Miete, in: HRG III, Berlin 1984, Sp. 536ff.
- TUOR Peter / SCHNYDER Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Bernhard, 10. A., Zürich 1986.
- VONTOBEL Jacques, Die liberal-konservative organische Rechts- und Staatslehre Johann Caspar Bluntschli (1808 - 1881), Diss. Zürich 1956.
- WEIMAR Peter, Besitz (possessio): Römisches und gemeines Recht, in: Lexikon des Mittelalters I, München / Zürich 1980, Sp. 2064ff.
- WEIMAR Peter, Die legistische Literatur der Glossatorenzeit, in: HPrRG I, München 1973, S. 129ff.
- WERKMUELLER D., Anefang, in: HRG I, Berlin 1971, Sp. 159ff.
- WESENBERG Gerhard / Neuere deutsche Privatrechtsge- WESENER Gunter, schichte, 3. A., Lahr (Schwarzwald), 1976.
- WIEACKER Franz, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. A., Göttingen 1967.
- WIEACKER Franz, Gründer und Bewahrer (Rechtslehrer der neueren deutschen Privatrechtsgeschichte), Göttingen 1958.
- WIEGAND Wolfgang, Sachenrecht im Obligationenrecht, in: Das Obligationenrecht 1883 - 1983 (Berner Ringvorlesung zum Jubiläum des schweizerischen Obligationenrechts), hrsg. von Pio Caroni, Bern / Stuttgart 1984, S. 107ff.
- WINDSCHEID Bernhard, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1. Bd., Düsseldorf 1862.

WOLF Erik,

Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, 4. A., Tübingen 1963.

WOLF G.,

Das Zürcherische Privatrecht mit allgemein fasslichen Erläuterungen, Zürich (ohne Angabe des Erscheinungsjahres) (betrifft das revPGB).

ZOEPFL Heinrich,

Deutsche Rechtsgeschichte, 3. Bd., 4. A., Braunschweig 1872.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Die allgemein üblichen Abkürzungen werden als bekannt vorausgesetzt.

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie von 1811
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794
ASR	Abhandlungen zum schweizerischen Recht
Dig.	Digesten des 'Corpus iuris civilis'
Erl.	Erläuterungen
FS	Festschrift
Gai.	Institutionen des Gaius
GRK	(Zürcher) Gesetzesrevisionskommission für die Revision der Zivilgesetze (am 30. Juni 1831 vom Zürcher Grossen Rat eingesetzt)
HBLS	Historisch-biographisches Lexikon der Schweiz, Neuchâtel 1929ff.
HPRG I	Handbuch der Quellen und Literatur der Neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, 1. Band (Mittelalter 1100 - 1500); Veröffentlichung des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte, hrsg. von Helmut Coing, München 1973
HRG I/III	Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, hrsg. von Adalbert Erler und Ekkehard Kaufmann, I. Band (Aachen - Haussuchung), Berlin 1971/ III. Band (List bis Protonotar), Berlin 1984
IUS COMMUNE	IUS COMMUNE, Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte
N	Anmerkung, Randnote oder Fussnote
PGB (a)	Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich von 1853 - 1855 (Diese Fassung des Gesetzes liegt der vorliegenden Arbeit zugrunde.)
PGB (rev.)	(Revidiertes) Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich von 1887
Prot. GRK	Protokolle der Gesetzesrevisionskommission über die Beratungen des PGB von 1853 - 1855

PrRGN	Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (vgl. Quellen- und Literaturverzeichnis, WIEACKER Franz, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit...)
RPR I/II	Römisches Privatrecht, 1. Abschnitt/2. Abschnitt (vgl. Quellen- und Literaturverzeichnis, KASER Max, Römisches Privatrecht, 1. Abschnitt.../..., 2. Abschnitt...)
Sp.	Spalte (bspw. im HRG)
StAZ	Staatsarchiv des Kantons Zürich (Die der Abkürzung StAZ jeweils folgenden Buchstaben und Ziffern bezeichnen die Signatur, unter der die betreffende Quelle im Staatsarchiv gefunden werden kann.)
TRG	Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis (Revue d'histoire du droit)
Ulp.	Ulpian
VE	Vorentwurf
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch von 1907
ZRG GA	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung
ZRG RA	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung
ZSR (NF)	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Neue Folge)

I. ZU J.C. BLUNTSCHLI ALS VERFASSER DES ZÜRCHER PRIVATRECHTLICHEN GESETZBUCHES

(a) Mit dem Zürcher Privatrechtlichen Gesetzbuch¹¹⁾ ist der Name Johann Caspar BLUNTSCHLI¹²⁾ untrennbar verbunden. BLUNTSCHLI wurde im Jahre 1808 in eine geistesgeschichtliche Epoche hineingeboren, die alles Seiende aus seinem geschichtlichen Werden zu verstehen betreibt war (H i s t o r i s m u s)¹³⁾. Damit zusammenhängend war es auch die Epoche des z w e i t e n H u m a n i s m u s, mithin einer erneuten Hinwendung zur Kultur der Antike. Von diesen geistigen Strömungen des noch jungen 19. Jahrhunderts war unter anderem auch Friedrich Carl VON SAVIGNY (1779 - 1861)¹⁴⁾, der Begründer der h i s t o r i s c h e n R e c h t s s c h u l e¹⁵⁾, geprägt. Dieser wurde einer der bedeutendsten Lehrer J.C. BLUNTSCHLIS. Der junge rechtsbeflissene Zürcher geriet während seines Aufenthaltes in Berlin in den Jahren 1827 und 1828, wo er vor allem römisches Recht studierte, unter den Einfluss dieses damals "unbestritten ersten Romanisten in Deutschland"¹⁶⁾. BLUNTSCHLI wurde ein entschiedener Anhänger der historischen Schule¹⁷⁾.

Im Jahre 1829 promovierte er in Bonn, wo er einen zweiten Studienaufenthalt einlegte, zum 'doctor iuris', und zwar mit einer im Sinne des r o m a n i s t i s c h e n Z w e i g e s¹⁸⁾ der historischen Schule verfassten Monographie über die "Entwicklung der Erbfolge gegen den letzten Willen nach römischem Recht mit besonderer Rücksicht auf die Novelle 115".

Im Frühling des Jahres 1830 kehrte BLUNTSCHLI nach einem Zwischenhalt in Paris in seine Vaterstadt Zürich zurück. Dort arbeitete er vorerst als Auditor am Amtsgericht und als Sekretär der Regierungskommission des Innern. 1831 wurde BLUNTSCHLI Bezirksgerichtsschreiber und zugleich Notar der Stadt Zürich. Daneben habilitierte er sich auf Anraten Ferdinand MEYERS, des Vaters von Conrad Ferdinand MEYER¹⁹⁾, am Politischen Institut in Zürich für r ö m i s c h e s R e c h t und R e c h t s g e s c h i c h t e²⁰⁾. Ueberdies fühlte er sich schon früh und von da an zeitlebens zur

Politik hingezogen, wovon schon die 1830 und 1831 veröffentlichten Schriften "Ueber die Verfassung des Standes Zürich" und "Das Volk und der Souverän" Zeugnis ablegen. In diesem Zusammenhang sei auch auf eine Aussage des Historikers und Kollegen BLUNTSCHLIS aus dessen Münchner Professorenzeit, Heinrich VON SYBEL, verwiesen, der 1861 zu BLUNTSCHLI bemerkte: "Ich (Sybel) bin zu 4/7 Professor und zu 3/7 Politiker, Sie (Bluntschli) sind umgekehrt zu 4/7 Politiker und zu 3/7 Professor"²¹⁾.

(b) Durch die genannte praktisch-juristische Tätigkeit wurde der spätere Gesetzesredaktor in immer zunehmenderem Masse mit dem einheimischen zürcherischen Recht vertraut. Er entdeckte in ihm ein durchaus "lebensfähiges", vom römischen Einfluss weitgehend unberührt gebliebenes Recht²²⁾. In seinen Lebenserinnerungen lesen wir:

"Die nähere Bekanntschaft mit dem Zürcherischen Rechte (...) Überzeugte mich, dass dasselbe nicht aus dem römischen, sondern in allen seinen Grundbegriffen nur aus dem d e u t s c h e n R e c h t zu erklären sei"²³⁾ (Hervorhebung durch den Verfasser).

Zürcherisches Recht ist also für BLUNTSCHLI grundsätzlich deutsches Recht. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass die Bezeichnung 'deutsch' in der deutschen Privatrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts u.a. als dialektische Gegenposition zu 'römisch' zu begreifen ist. Deutsches Recht ist - vielleicht etwas vereinfachend gesagt - all das Recht, welches nicht f r e m d e s, namentlich nicht römisches Recht ist²⁴⁾.

Immer stärker wurde nun in BLUNTSCHLI der Wunsch, diesen "gesunden, eigentümlichen, einheimischen Rechtsstoff"²⁵⁾ geschichtlich zu erforschen und wissenschaftlich zu bearbeiten²⁶⁾. In den Jahren 1838/39 fand dieses Bestreben seinen Niederschlag in einem zweibändigen Werk, das in unverkennbarer Anlehnung an Karl Friedrich EICHHORNS²⁷⁾ "Deutsche Staats-

und Rechtsgeschichte" mit "S t a a t s - u n d R e c h t s - g e s c h i c h t e d e r S t a d t u n d L a n d s c h a f t Z ü r i c h" überschrieben wurde²⁸⁾.

J.C. BLUNTSCHLI Dozententätigkeit an der neugegründeten Universität Zürich (1833) umfasste seit dem Wintersemester 1835/36 neben seinen romanistischen Vorlesungen (Institutionen des römischen Rechts, Pandekten, römisches Erbrecht etc.) auch solche über Z ü r c h e r i s c h e s P a r t i k u l a r r e c h t²⁹⁾. Im Sommersemester 1838 las der spätere Gesetzesredaktor erstmals D e u t s c h e s P r i v a t r e c h t³⁰⁾. "Deutsches Privatrecht" - dies sei verdeutlicht - ist hier nicht etwa das in Deutschland im Gegensatz zu Zürich geltende Recht. Es ist nach Auffassung BLUNTSCHLI ein "gemeines deutsches Recht", welches "als solches rein und vollständig in keinem Staate (gilt)". Es äussert sich, "bald so, bald anders modificirt (...)" in den verschiedenen P a r t i k u l a r r e c h t e n³¹⁾.

Diese Hinwendung zum einheimischen zürcherischen und - damit zusammenhängend - zum deutschen Recht kann als Uebergang BLUNTSCHLI vom Romanisten seiner Studenten- und frühen Dozententätigkeit zum Vertreter des g e r m a n i s t i s c h e n Z w e i g e s der historischen Rechtsschule begriffen werden³²⁾. Ferdinand ELSENER sieht in BLUNTSCHLI einen Romanisten und Germanisten zugleich³³⁾. Angesichts der ausgeprägt romanistischen Ausbildung BLUNTSCHLI³⁴⁾ und seiner römischrechtlichen Lehrtätigkeit erscheint das Urteil ELSENERS nicht unzutreffend. Jedenfalls ist sicher, dass dieser grosse Zürcher Jurist sowohl im römischen Recht - im Verständnis der damaligen Romanistik - als auch im einheimischen zürcherischen und "gemeinen deutschen" Recht bestens Bescheid wusste.

Der Germanist BLUNTSCHLI sah auch für die Zukunft im römischen Recht "ein w e s e n t l i c h e s E l e m e n t des m o d e r n e n R e c h t s s t o f f e s³⁵⁾ und ein ausgezeichnetes w i s s e n s c h a f t l i c h e s B i l d u n g s m i t t e l für die Juristen"³⁶⁾. In der 1839 in den "Hallischen Jahrbüchern" und 1841 im Separatdruck

erschienenen Abhandlung "Die neueren Rechtsschulen der deutschen Juristen" (in letzterer Form lag sie dem Verfasser vor) schrieb BLUNTSCHLI zudem:

"Es wäre verderblich und bei dem gegenwärtigen Zustande der deutschen Rechtswissenschaft geradezu eine lächerliche Anmassung der Germanisten, wenn sie (...) eine tüchtige Bearbeitung römisch-rechtlicher Lehren verschmähen wollten"³⁷⁾.

Entschieden wandte sich der künftige Gesetzesredaktor von seiner germanistischen Position aus jedoch gegen eine "Übertriebene Verehrung des römischen Rechts"³⁸⁾, und er rief die Romanisten seiner Zeit dazu auf, sich der Schranken ihres Faches bewusst zu sein und nicht Institutionen des römischen Rechts beibehalten zu wollen, die wegen ihres "römisch-individuellen Charakters" nicht mehr zeitgemäss seien³⁹⁾. Sie, die Romanisten, müssten die Ergänzung, die das römische Recht "in einem fortschreitenden, lebendigen, einheimischen Rechtselemente" finde, vermehrt anerkennen⁴⁰⁾.

(c) Im Sommer des Jahres 1840 wurde J.C. BLUNTSCHLI von der vom Grossen Rat eingesetzten Gesetzesrevisionskommission (GRK) mit dem Auftrag betraut, einen Entwurf für ein zürcherisches Zivilgesetzbuch auszuarbeiten⁴¹⁾. BLUNTSCHLI befürwortete eine nationale Kodifikation sehr, eine Haltung, die ihn mit den Vertretern der damaligen deutschen jüngeren Germanistik verband. Er sah gerade in einer solchen Gesetzgebung ein wichtiges Mittel, das überlieferte einheimische Recht vor einem immer stärker werdenden Einfluss der Romanistik zu bewahren⁴²⁾.

Die genannte legislatorische Aufgabe kam ursprünglich Friedrich Ludwig KELLER zu. Die Uebertragung des Werkes auf BLUNTSCHLI, den "besten Kenner der zürcherischen Rechtsentwicklung" (FRITZSCHE) hing mit dem politischen Sturz des radikal-liberalen KELLER im "Zürichputsch" (1839) und dessen damit verbundenen Enttäuschungen zusammen.

Aus Anlass seiner Kodifikationsarbeit publizierte J.C. BLUNT-SCHLI im Jahre 1844 einen Aufsatz, in dem er sich u.a. auch zur Aufgabe eines neuen Gesetzbuches äusserte⁴³⁾. Dabei mass er einer umfassenden nationalen Gesetzgebung folgende Aufgaben zu:

"(Sie) muss sich v o r a u s a n l e h n e n
a n d a s h e r g e b r a c h t e R e c h t ,
wie es sich festgesetzt hat unter dem Volke,
an den Rechtsstoff, wie er da ist, als an den
Boden, auf dem auch sie wurzelt. Und sie muss
sich anlehnen an die T h e o r i e d e r
S c h u l e , deren Arbeit doch nicht eine
verlorene, unnütze ist" (Hervorhebungen durch
den Verfasser)⁴⁴⁾.

In diesen Worten wird BLUNT-SCHLIS bereits geschilderte Haltung zum einheimisch-deutschen wie zum römischen Recht - im Hinblick auf die ganz konkrete gesetzgeberische Aufgabe - nochmals manifest. Er spricht sich klar für das national gewachsene Recht als Grundlage eines Gesetzbuches aus, anerkennt aber auch durchaus die "Theorie der Schule", mithin das g e l e h r t e und somit auch das r ö m i s c h e R e c h t als Bestandteil einer modernen Kodifikation.

Da das Gesetz den Anforderungen der neuen Zeit genügen soll, darf der Gesetzgeber - so BLUNT-SCHLI im erwähnten Aufsatz - bezüglich beider Rechtsmassen nicht bloss rein rezeptiv verfahren. Gerade das hergebrachte Recht enthalte "viel Veraltetes, Schimmlichtes", welches wahrzunehmen und "mit sicherer Hand, ohne gesunde Theile zu verletzen" wegzuschneiden sei⁴⁵⁾. Aber auch gegenüber der "Lehre der Schule" müsse er einen unabhängigen Standpunkt einnehmen⁴⁶⁾.

Grosse Verehrung liess BLUNT-SCHLI - nach dem Gesagten wenig erstaunlich - dem französischen Code civil zukommen, in dem er "de(n) erste(n) - und in der That welthistorischen Versuch, d a s r ö m i s c h e u n d d a s e i n h e i m i s c h e

R e c h t d u r c h g r e i f e n d a u s z u g l e i-
c h e n"⁴⁷⁾, sah.

(d) Im Jahr 1848 verliess J.C. BLUNTSCHLI seine Heimatstadt und nahm in München eine Professur für deutsches Privatrecht und Staatsrecht an⁴⁸⁾. Er blieb jedoch allein schon durch die Arbeit am Privatrechtlichen Gesetzbuch mit Zürich weiterhin verbunden.

Der im Rahmen der vorliegenden Arbeit interessierende Entwurf zum Sachenrecht wurde von BLUNTSCHLI im Jahr 1851 fertiggestellt. Am 19. April 1854 wurde das Gesetz zum Zürcher Sachenrecht und mithin auch zum Recht des Besitzes nach erfolgter Beratung in der GRK vom Grossen Rat des Kantons Zürich verabschiedet. Anlässlich der Kommissionsverhandlungen kam der jeweiligen Auffassung BLUNTSCHLIS offenbar bedeutendes Gewicht zu⁴⁹⁾, was gerade auch die Besprechungen des Entwurfes zum Besitzrecht zu bestätigen vermögen.

II. BESITZBEGRIFF UND BESITZESSCHUTZ IM ZÜRCHER PRIVATRECHTLICHEN GESETZBUCH (PGB) J.C. BLUNTSCHLI

1.) Einführung: Institutionen- und Dogmengeschichtliches zu Besitzbegriff und Besitzesschutz

A.) Zur Gewere im mittelalterlich-deutschen Recht⁵⁰⁾

(a) Durch die Gewere als tatsächliche Herrschaft über eine Sache wurde im Mittelalter das Recht an dieser Sache zum Ausdruck gebracht. Die Gewere stellte mithin die *E r s c h e i n u n g s f o r m* des dinglichen Rechtes dar, wobei zu berücksichtigen ist, dass etwa der Mieter und wohl auch der Pächter - immer gemäss heutiger Terminologie - als dinglich Berechtigte betrachtet wurden⁵¹⁾. Der Bestand dieses Rechtes war nun in ländlichen Verhältnissen oft nur schwer feststellbar. Demzufolge hielt man sich aus praktischen Erwägungen zunächst an die äusserlich wahrnehmbare Sachherrschaft, hinter der dann - dem genannten Verständnis des "Besitzes" als äussere Form des Rechts entsprechend - die dingliche Berechtigung vermutet wurde. Gewere hatte oder in der Gewere war daher derjenige, welcher zumindest den *S c h e i n* für sich hatte, an der Sache, über die er tatsächliche Herrschaft ausübte, auch dinglich *b e r e c h t i g t* zu sein.

Die Gewere setzte also nicht voraus, dass dem faktischen Inhaber einer Sache zugleich auch das Recht an dieser Sache zukam. Es genügte, wenn hinter der faktischen Ausübung der Sachgewalt ein dingliches Recht vermutet wurde. Brach diese Vermutung jedoch und stellte sich heraus, dass die tatsächliche Herrschaft über die Sache nicht Ausdruck eines bestimmten dahinter stehenden dinglichen Rechtes, nicht "*Kleid eines Sachen r e c h t e s*" (GIERKE), war, lag keine Gewere mehr vor⁵²⁾.

(b) Eine besonders differenzierte Ausgestaltung hatte die Gewere - dem überwiegend agrarisch geprägten Grundcharakter der mittelalterlichen Gesellschaft entsprechend - im Bereiche des Liegenschaftsrechtes erfahren. Leibliche oder körperliche

Gewere kam demjenigen zu, der das liegende Gut n u t z - t e ⁵³⁾, der es 'in nut unde gelde' hatte ⁵⁴⁾. Demgemäss hatte nicht nur derjenige Gewere, welcher den Boden unmittelbar bewirtschaftete und die Früchte daraus zog, sondern auch derjenige, welcher das Grundstück nur insofern nutzte, als er daraus Abgaben, Zinsen oder Dienste erlangte. Dieser Nutzungsgedanke erlaubte es, die leibliche Gewere an liegendem Gut in verschiedene Schichten aufzuspalten und so eine m e h r f a c h e, im Sinne einer gestuften G e w e r e an einer Liegenschaft anzuerkennen ⁵⁵⁾. Gewere kam auf diese Weise sowohl dem Lehensherrschaft als auch dem Vasallen und dem Bauern zu.

Das mittelalterliche Liegenschaftsrecht sprach teilweise aber auch in Fällen von Gewere, in denen eine gegenwärtige Sachnutzung gar nicht bestand. So blieb etwa selbst demjenigen die Gewere erhalten, welcher gewaltsam der Herrschaft über seinen bzw. den ihm zur Bewirtschaftung überlassenen Boden entsetzt worden war. Im weiteren erwarb der Erbe mit dem Tode des Erblassers selbst dann die Gewere am Nachlassgut, wenn ein Dritter die Herrschaft über dieses erlangt hatte. Bei diesen Tatbeständen spricht die heutige Lehre ⁵⁶⁾ von 'i d e e l l e r G e w e r e' ⁵⁷⁾. Sonderfälle einer solchen ideellen Gewere waren die ruhende und die anwartschaftliche Gewere. Hierzu und zur sogenannten rechten Gewere, bei der sich Berührungspunkte zur römischen 'usucapio' zeigen ⁵⁸⁾, sei auf die einschlägige Literatur verwiesen ⁵⁹⁾.

(c) Anders als im Liegenschaftsrecht blieb in Bezug auf Fahrnis das u n m i t t e l b a r e Innehaben der Sache durchwegs Voraussetzung für das Vorliegen einer Gewere. Wer mobile Gegenstände auslieh, verlor seine Gewere daran. Dementsprechend kannte das "Mobiliarsachenrecht" keine mehrfache Gewere und desgleichen auch keine ideelle Gewere ⁶⁰⁾.

Es ist an dieser Stelle aber daraufhinzuweisen, dass Fahrnis im mittelalterlichen Recht "verliegenschaftet" werden konnte und dergestalt vom Liegenschaftsrecht erfasst wurde ⁶¹⁾.

(d) Was den Schutz der Gewere betrifft, so ist auch hier wieder zu unterscheiden zwischen Liegenschafts- und Fahrnis-gewere. Im Bereiche des "Immobiliarsachenrechts" soll in erster Linie der Fall gewaltsamer Entwertung interessieren. Derjenige, welchem die Herrschaft über den ihm überlassenen Boden mit Gewalt entzogen wurde, verlor seine Gewere daran - wie wir gesehen haben - nicht. Die Gewere lebte vielmehr in Form der ideellen Gewere fort. Diese Tatsache kam nun dem Entwerten im Verfahren um Rückgewinnung seiner ihm zustehenden körperlichen Gewere zugute, falls er mit zwei Zeugen beweisen konnte, dass er gewaltsam entwert wurde. Gelang ihm dies, so wurde der Entwerer durch Urteil verpflichtet, dem Entwerten die leibliche Gewere wieder einzuräumen. Widerspruch nun aber der Entwerer dieser Aufforderung und machte eine Berechtigung am Gute geltend, so genoss der Entwerte im Prozess den Beweisvorzug⁶²⁾. Nach OGRIS wirkte die ideelle Gewere in der genannten Weise jedoch nur gegenüber dem Entwerer, nicht aber gegenüber Dritten⁶³⁾. Im weiteren hatte der Entwerte seinen Anspruch auf Wiedereinräumung der leiblichen Gewere binnen "Jahr und Tag" geltend zu machen. Tat er dies nicht, "verschwieg" er sich also, wurde selbst die Sachherrschaft des Entwerers zu einem "rechtlich unantastbaren Zustand" (OGRIS)⁶⁴⁾.

Ungerechtfertigte Störungen seiner Sachnutzung konnte der reelle Gewereinhaber im Übrigen selbsthelfeweise mit allen Mitteln, nötigenfalls mit Gewalt, abwehren⁶⁵⁾.

Wer seiner Sachherrschaft über F a h r n i s entsetzt wurde, verlor die Gewere. Ein persönlicher Anspruch auf Wiedereinräumung der Gewere gegen den jetzigen Gewereinhaber stand dem Entwerten in einem solchen Fall nicht zu. Aber auch aus seiner Berechtigung an der Sache konnte er nicht vorgehen, da das mittelalterlich-deutsche Recht eine Klage allein gestützt auf das dingliche Recht nicht kannte. Ein solches Ergebnis wurde nun aber als unbillig empfunden⁶⁶⁾.

Aus diesem Grunde anerkannte man, anknüpfend an die Tatsache "des offenbaren Gewerebruches bzw. der Verletzung des der Gewere zustehenden Friedensschutzes", eine Klage des Entwerten gegen den gegenwärtigen Inhaber der Sache, und zwar unabhängig

davon, ob es sich dabei um den Entwerer selbst oder einen Dritten, der nichts von der Entwerung wusste, handelte (Anefangklage). Eine solche Klage wurde nach Werner OGRIS schon seit dem Frühmittelalter wohl nicht nur bei Diebstahl und Raub, sondern "auch bei auf anderer Weise abhanden gekommenen Sachen" angenommen⁶⁷⁾.

Gab der Inhaber einer beweglichen Sache seine Gewere daran freiwillig auf, etwa dadurch, dass er den betreffenden Gegenstand auslieh, und veräusserte nun der Entlehner die Sache unrechtmässig weiter, so stand dem Verleiher gegen den Rechtsnachfolger des Entlehners die eben erwähnte Anefangklage nicht zu. Bei freiwilliger Aufgabe der Gewere in obig geschilderter Weise konnte bezüglich Rückgewinnung der Sachherrschaft nur gegen den jeweiligen eigenen "Vertragspartner" vorgegangen werden. Im genannten Beispiel hatte der Verleiher also allein die Möglichkeit, sich an den Entlehner zu halten⁶⁸⁾.

B.) Zur 'possessio' im römischen und römisch-gemeinen Recht

a) 'possessio' im römischen Recht der Antike

(a) Für den Besitz des k l a s s i s c h e n r ö m i s c h e n Rechts war kennzeichnend, dass er als tatsächliche Herrschaft über eine Sache vom Recht an dieser Sache, etwa dem Eigentum als der umfassendsten rechtlichen Herrschaft, scharf geschieden wurde⁶⁹⁾.

Auffallend ist nun, dass das klassisch-römische Recht nicht alle Fälle tatsächlicher Gewalt über eine Sache als Besitz (im technischen Sinne) verstand. Dies bedeutete, dass nicht alle "Besitzverhältnisse" (im natürlichen Sinne) des dem Besitz zukommenden Schutzes gegen Störung und Entziehung teilhaftig waren. Als Besitz im eigentlichen Sinne galten nur die Fälle zweier Besitzarten, welche beide auf verschiedene historische Wurzeln zurückgingen⁷⁰⁾.

(b) Die 'possessio civilis' war dadurch qualifiziert, dass die tatsächliche Sachherrschaft auf einer sogenannten 'iusta causa possessionis' basierte, d.h. auf einem Rechtstitel,

der nach 'ius civile' als Grundlage für eine Eigentumsübertragung geeignet war. Als solche 'iustae causae' galten z.B. Kauf oder Schenkung⁷¹⁾. Die 'possessio civilis' befähigte den 'bonae fidei possessor' zum Eigentumserwerb durch Ersetzung, 'usucapio'⁷²⁾.

Die 'possessio (ad interdicta)' setzte demgegenüber keine 'iusta causa possessionis' voraus. Sie umfasste alle Fälle faktischer Sachgewalt, welche durch bestimmte Interdikte rechtlich geschützt wurden⁷³⁾.

Die beiden Besitzarten überschnitten sich aber insofern, als jeder 'civilis possessor' immer auch ein Interdiktenbesitzer war. Neben dem Zivilbesitzer genoss jeder *E i g e n b e s i t z e r*, d.h. jeder Sachinhaber, der seinen Gegenstand *w i e* ein Eigentümer innehaben wollte (Besitz mit 'animus domini'), also keine Pflicht zur Rückgabe der Sache anerkannte, den Schutz der Interdikte, so etwa auch der Dieb oder derjenige, welcher sich durch Veruntreuung der Sache, Eigenbesitz anmasste. Im weiteren erhielten aber auch *e i n i g e F r e m d b e s i t z e r*, also solche, die eine Sache unter Anerkennung einer Rückgabepflicht besaßen, die Besitzinterdikte. Dazu zählten der Faustpfandgläubiger, der Erbpächter, der Sequester und der Prekarist⁷⁴⁾. Alle übrigen Fremd-"Besitzer" wurden nicht geschützt, so der Mieter, der Pächter, der Entlehner etc., kurz alle (nachrömisch) sogenannten *D e t e n t o r e n*⁷⁵⁾.

Der ungeschützte Fremdbesitz wurde mit 'tenere', 'habere' oder auch mit 'naturalis possessio'⁷⁶⁾ oder 'in possessione esse' (Gai. IV, 153) umschrieben⁷⁷⁾.

Die willkürlich erscheinende Differenzierung beim Fremdbesitz zwischen solchen Sachinhabern, denen ein Interdiktenschutz zukam und solchen Sachinhabern, die keinen genossen, beruhte nach JOERS/KUNKEL/WENGER auf praktischen und entwicklungsgeschichtlichen Gründen⁷⁸⁾. Um eine in sich geschlossene logische Besitztheorie kümmerten sich die Römer nicht⁷⁹⁾.

Einer Bemerkung bedarf hier noch der römische Besitzwille, der 'animus possidendi'. Er war kein selbständiges Begriffselement, sondern war mit dem 'corpus', das die äusserlich wahrnehmbare Komponente des Besitzes darstellte, untrennbar

verbunden; er war das notwendige geistige Element, ohne das beim Besitz eigentlich gar nicht von Sach- h e r r s c h a f t oder Sach- g e w a l t gesprochen werden kann⁸⁰⁾.

(c) Zum Schutze des Besitzes gegen Störung und Entziehung kannte das klassische römische Recht besondere Interdikte. An dieser Stelle soll auf die drei wichtigsten, das 'interdictum uti possidetis', das 'interdictum utrubi' und das 'interdictum unde vi' kurz eingegangen werden.

Das 'i n t e r d i c t u m u t i p o s s i d e t i s' diente nur zum Schutze des Besitzes an Grundstücken. Geschützt wurde derjenige (der beiden Streitparteien), welcher die Liegenschaft gegenüber seinem Gegner zuletzt f e h l e r f r e i ('nec vi, nec clam, nec precario') besessen hatte. Wenn also in einem bestimmten Besitzesschutzverfahren der Kläger gegen die B e s i t z e s s t ö r u n g e n des Beklagten vorgehen wollte, hatte er damit nur Erfolg, falls sich ergab, dass er die Herrschaft über das fragliche Grundstück v o m B e k l a g t e n weder mittels Gewalt ('vi'), noch durch heimliches Vorgehen ('clam') erlangt hatte, und er dem Beklagten das Gut, welches er von diesem allenfalls leihweise, gegen freie Widerrufbarkeit zur Bewirtschaftung erworben hatte, auch nicht unberechtigt vorenthielt ('precario'). Traf dies n i c h t zu, hatte der Kläger den Besitz also f e h l e r h a f t erlangt, so wurde, da sich das 'interdictum' an beide Streitparteien richtete⁸¹⁾, dem Kläger anbefohlen, jeglichen Widerstand dagegen zu unterlassen, dass sich d e r B e k l a g t e nun eigenmächtig wieder in den Besitz des Grundstückes setzte. Gegenüber dem Kläger war e r der letzte fehlerfreie Besitzer (wenn er nicht selbst - vorgängig der unerlaubten Besitzergreifung des Klägers - von diesem durch verbotene Eigenmacht Besitz erworben hatte). Ob der Beklagte jedoch, welcher nun geschützt wurde, seinen Besitz von einem D r i t t e n 'vi', 'clam' oder 'precario' erlangt hatte, war in diesem Besitzesschutzverfahren unerheblich. Es ging - wie es Max KASER treffend ausdrückte - immer nur um den "relativ (gegenüber dem Gegner) besseren Besitz"⁸²⁾.

Unser Beispiel zeigt, dass das 'interdictum uti possidetis' - obwohl zu den 'interdicta r e t i n e n d a e possessionis' gehörend (Gai. IV, 148) - auch rekuperatorische Funktion hatte, also auch zur Wiedergewinnung verlorenen Besitzes diente.

Als Besitzinterdikt des Mobiliarsachenrechtes ist das nach dem Vorbilde des 'interdictum uti possidetis' ausgebildete⁸³⁾ 'i n t e r d i c t u m u t r u b i' ⁸⁴⁾ anzusprechen. Anders als das 'interdictum uti possidetis' schützte es aber nicht den letzten fehlerfreien Besitzer unter den Streitparteien, sondern denjenigen, welcher innerhalb des vergangenen Jahres (vom Erlass des Interdiktes an gerechnet) gegenüber seinem Gegner l ä n g e r f e h l e r f r e i im Besitze der Sache gewesen war. Auch die Formel des 'interdictum utrubi' liess - obgleich wie sein Vorbild aus dem Immobiliarsachenrecht von GAIUS als 'interdictum retinendae possessionis' bezeichnet (Gai. IV, 148) - den Fall zu, entzogenen Besitz w i e d e r z u e r l a n g e n.

Wie das 'interdictum uti possidetis' fand auch das 'i n t e r d i c t u m u n d e v i' seine Anwendung nur im Bereiche des Liegenschaftsrechtes. Es gehörte zu den sogenannten 'interdicta r e c u p e r a n d a e possessionis' (Gai. IV, 154). Mit diesem Interdikt konnte demjenigen, welcher einen anderen gewaltsam⁸⁵⁾ seines Besitzes über ein Grundstück entsetzt hatte, befohlen werden, dem Verdrängten den Besitz wieder einzuräumen. Allerdings konnte der Dejicient gegen diese hoheitliche Aufforderung die Einrede erheben, er sei selbst vom Vertriebenen gewaltsam ('vi') oder heimlich ('clam') aus der Sachgewalt über das fragliche Grundstück verdrängt worden, oder dieser habe ihm als Prekarist trotz Widerrufs das Land nicht zurückgegeben ('precario').

Der Singularsukzessor des Dejicienten konnte vom Vertriebenen nicht mittels 'interdictum unde vi' zur Besitzesrestitution angehalten werden, das Interdikt wirkte also nur gegen den gewaltsamen Besitzentsetzer selbst⁸⁶⁾.

Für alle genannten Interdikte galt, dass sie einjährig befristet waren. Diese Regelung fand ihren Grund darin, dass

die durch Besitzesstörung oder Besitzesentziehung verursachte "Beeinträchtigung des Rechtsfriedens" (KASER) möglichst schnell beseitigt werden sollte⁸⁷⁾.

(d) Im j u s t i n i a n i s c h e n Recht tritt uns die eben dargestellte klassisch-antike Besitzlehre bereits als eine mehr oder weniger modifizierte entgegen. Als 'civilis possessio' wurde in dieser Spätepoch der Antike der Besitz mit 'animus domini' bezeichnet, wobei dieser Wille bei JUSTINIAN den Glauben beinhalten, Eigentümer der besessenen Sache zu sein⁸⁸⁾. Eine derartige 'possessio' kam somit dem Eigentümer und dem Ersitzungsbesitzer zu. Jeder andere Besitz hiess 'possessio corporalis' oder 'possessio naturalis', unabhängig davon, ob er durch die Interdikte geschützt wurde oder nicht⁸⁹⁾.

Ueberdies gewann der 'animus' im justinianischen Recht wesentlich an Bedeutung, verselbständigte sich vom 'corpus' und wurde zum eigentlichen Schwerpunkt des Besitzbegriffes⁹⁰⁾. Dies hatte zwar nicht für die Frage des Besitz e r w e r b e s, jedoch für diejenige der Besitz e r h a l t u n g zur Folge, dass die bereits klassischen Ansätze eines 'possessionem solo animo retinere' auf Tatbestände ausgedehnt wurden, bei denen "von einem auch nur mittelbaren Fortbestand der Sachgewalt keine Rede sein konnte" (KASER)⁹¹⁾. Durch den Bedeutungszuwachs des 'animus' im Verhältnis zum 'corpus' wandelte sich die Vorstellung vom Besitz als einer rein r e a l e n Sachherrschaft, und wurde die 'possessio' einem Recht genähert⁹²⁾.

Die Interdikte wurden im justinianischen Recht als gewöhnliche Klagen geltend gemacht⁹³⁾. Im Anschluss an eine bereits nachklassische Modifikation wurde beim 'interdictum unde vi' die Einrede des Beklagten, der Kläger und jetzige Streitgegner habe ihm selbst zuvor den Besitz entzogen oder unrechtmäßig vorenthalten ('exceptio vitiosae possessionis') nicht mehr zugelassen. Bei den 'interdicta' 'uti possidetis' und 'utrubi' wurde demgegenüber auch bei JUSTINIAN die Berufung des Beklagten auf den fehlerhaften Besitz des Gestörten weiterhin anerkannt⁹⁴⁾.

b) 'possessio' im römisch-gemeinen Recht der Glossatoren- und Kommentatorenzeit

(a) Im Zusammenhang mit einer geistigen Bewegung, die bestrebt war, sich die antike Kultur erweitert und vertieft zu erschliessen, ist die Hinwendung zum 'C o r p u s i u r i s c i v i l i s' Kaiser JUSTINIANS und somit auch zum römischen Besitzrecht der Antike im oberitalienischen Hochmittelalter zu verstehen⁹⁵⁾. Die sich an dieser spätantiken Quelle orientierende Rechtswissenschaft behandelte das 'Corpus iuris civilis' nicht etwa textkritisch, sondern, der scholastischen Methode verpflichtet⁹⁶⁾, ohne historisches Verständnis als ein für die Gegenwart gültiges "Gesetzbuch"⁹⁷⁾. Diese Wissenschaft, die Legistik, blieb schon in der Glossatorenzeit wie auch in der darauffolgenden Kommentatorenzeit nicht eine lebensferne, auf die Überall entstehenden Rechtsschulen beschränkte Wissenschaft, sondern erlangte auch grosse praktische Bedeutung⁹⁸⁾.

In auffallender Parallelität zum Aufkommen einer weltlichen Rechtswissenschaft in Oberitalien begann am gleichen Ort auch eine kirchliche Rechtswissenschaft zu blühen, die Kanonistik⁹⁹⁾, als deren erstes grosses Zeugnis das 'Decretum' des Bologneser Mönches GRATIAN zu bezeichnen ist. Auch dieser Wissenschaftszweig des gelehrten Rechts hatte seinen Einfluss auf die Fortentwicklung der Lehre vom Besitz.

Verfolgen wir nun kurz die Modifikationen, welche das antike römische Besitzrecht im mittelalterlichen gelehrten Recht erfahren hatte.

(b) Der Glossator AZO bestimmte den Besitzwillen als 'animus sibi possidendi' und nahm so bei jedem dinglich Berechtigten Besitz an:

'Et creditor, et vasallus, et fructuarius,
et similes ut alienum, et tamen possident sibi;
sibi enim possident ratione juris quod habent
in re'¹⁰⁰⁾.

Während Johannes BASSIANUS die gleiche Ansicht wie AZO vertrat, qualifizierte PLACENTINUS den Besitz ausschliesslich als Sachherrschaft mit 'animus domini'. Dennoch liess er die Interdikte 'utiliter' offenbar allen dinglich Berechtigten zukommen¹⁰¹). Dadurch verringerte sich nun aber der Unterschied zwischen der Lehre PLACENTINS und derjenigen AZOS zu einem bloss terminologischen.

(c) Die Differenzierung zwischen 'possessio civilis' und 'possessio naturalis' im justinianischen Recht¹⁰²) wurde von den Legisten dazu verwandt, die gestuften mittelalterlichen Grundbesitzverhältnisse mit dem für sie autoritativ geltenden und Anwendung beanspruchenden römischen Recht des 'Corpus iuris civilis' zu erklären¹⁰³). So vertrat Johannes BASSIANUS die Meinung, 'civilis' und 'naturalis possessio' seien zwei selbständige Besitzarten (im technischen Sinne), die gleichzeitig an ein und derselben Sache bestehen könnten, und zwar im Sinne eines gegenseitigen Verhältnisses von Ober- und Unterbesitz. Bei ACCURSIUS lesen wir:

'(...) secundum Jo. (sc. Johannum Bassianum, Anm. des Verfassers) duos in solidum possidere (...) unus civiliter alter naturaliter, sicut fructuarius et proprietarius, item dominus et vasallus, item dominus et emphyteuta' (Hervorhebungen durch den Verfasser)¹⁰⁴).

Gab also der 'proprietarius' eine Sache zur Nutzniessung weg, so verblieb er dennoch Besitzer der Sache, aber auch der Nutzniesser, der 'fructuarius', erlangte Besitz. Es entstand somit ein mehrfacher Besitz, im Sinne eines gestuften Besitzes.

Von der 'naturalis possessio' grenzte BASSIANUS die einfache Detention, die 'detentatio' ab, die keinen Besitz darstellte. Als solche galt etwa die Sachgewalt des Pächters oder des Kommodataren¹⁰⁵).

Auch AZO ordnete im Ergebnis nach Hingabe einer Sache zu einem beschränkten dinglichen Recht dem Auktor 'civilis possessio' und dem Empfänger 'naturalis possessio' an der betreffenden Sache zu¹⁰⁶⁾.

Die Besitzlehre der Kommentatoren war offenbar - zumindest was den Begriff des Besitzes und namentlich die genannte Unterscheidung zwischen Civil- und Naturalbesitz betrifft - stark von derjenigen der Glossatoren geprägt¹⁰⁷⁾. Die Ansicht des Johannes BASSIANUS über 'possessio naturalis' und 'civilis' galt als 'communis opinio'¹⁰⁸⁾.

(c) Wir haben gesehen, dass sich der mehrfache Besitz des römisch-gemeinen Rechts unter dem Eindruck der mittelalterlichen gestuften Herrschaftsverhältnisse an Sachen, wohl genauer an Liegenschaften entwickelte. In der Literatur wird diesbezüglich etwa von einer "Germanisierung" des römischen Rechts gesprochen, und zwar offenbar im Sinne eines Eindringens der mehrfachen Gewere an liegendem Gut, wie wir sie vorn unter lit. A) kennengelernt haben¹⁰⁹⁾. Dabei gilt es zu beachten, dass die deutsch-mittelalterliche Gewere letztlich als eine "germanische" verstanden wird und so ihrem Wesen nach nicht auf im heutigen Sinne deutsches oder deutschsprachiges Gebiet beschränkt gesehen werden darf¹¹⁰⁾.

Auf einen Einfluss der deutschen oder eben germanischen Gewere kann somit - folgt man der oben geschilderten Ansicht - wohl auch der Umstand zurückgeführt werden, dass schon die Glossatoren den Bereich geschützter Besitztatbestände erweiterten. Sogar PLACENTINUS, für den jegliche Sachherrschaft ohne 'animus domini' - wie erwähnt - keinen Besitz (im technischen Sinne) darstellte, liess offenbar allen dinglich Berechtigten den Interdiktschutz zukommen. Die Gewere als Ausdruck eines dahinterliegenden (tatsächlichen oder vermuteten) dinglichen Rechts wurde in jeglicher Erscheinungsform, sowohl als Eigengewere wie auch als (beschränkte) Nutzungsgewere, von Rechts wegen geschützt. Somit liegt der Schluss nahe, dass die mittelalterlichen Legisten auch hier versuchten, die von ihnen erlebte "Gewere" mit der römischen 'possessio' der Quellen JUSTINIANS in Einklang zu bringen.

(d) Der antike römische Besitzesschutz wegen Besitzesentziehung erfuhr durch die kanonistische Spolienklage ('actio spoliis') eine bedeutende Erweiterung. Mit diesem auf den 'canon Redintegranda' des 'Decretum Gratiani' ('canon 3, Causa 3, quaestio 1') zurückgehenden Rechtsbehelf konnte der Kläger von jedem gegenwärtigen Inhaber der Sache¹¹¹) Wiederherstellung des Besitzes verlangen, den er - sei es gewaltsam oder heimlich, sei es durch Zwang, Betrug oder aufgrund eines widerrechtlichen Urteils - verloren hatte¹¹²). Es spielte keine Rolle, ob es sich bei der entzogenen Sache um eine bewegliche oder unbewegliche handelte.

Gegen ein solches umfassendes Klagerecht richteten sich jedoch die päpstlichen Dekretalen¹¹³) des 12. und 13. Jahrhunderts. Sie liessen lediglich insoweit eine Modifikation des römischen 'interdictum unde vi' zu, als gegen den Singularsukzessor des Entwerers vorgegangen werden konnte, wenn dieser bösgläubig ('spoliis conscius') war¹¹⁴). Diese Haftung des unredlichen Drittbesitzers ist im berühmten 'caput 18 X de restitutione spoliis' festgehalten¹¹⁵).

In der kanonistischen Doktrin und Praxis setzte sich jedoch die Spolienklage oder 'condictio ex canone Redintegranda', wie sie damals bezeichnet wurde, in ihrer weiten Anwendungsform durch. Nach BRUNS und WESENBERG/WESENER ging die Entwicklung sogar dahin, dass auch dem blossen Detentor die Klageberechtigung aus dem genannten 'canon' zugestanden wurde¹¹⁶).

Dieser kanonistische Rechtsbehelf floss nun allmählich auch ins weltliche Recht ein, wo jedoch in der legistischen Literatur verschiedentlich gegen dessen sehr weiten Anwendungsbereich opponiert wurde. Während etwa Angelus DE UBALDIS (1328 - 1407) bei Besitzesentziehung lediglich eine Erweiterung des 'interdictum unde vi' durch 'cap. 18 X' anerkannte, nahmen die berühmten Kommentatoren Bartolus DE SAXOFERRATO (1313 - 1357) und Baldus DE UBALDIS (1320 oder 1327 - 1400) die 'condictio ex canone' zwar an, schränkten sie aber insofern ein, als der dritte Besitzer nur hafte, wenn er 'habet causam possessionem ab invasore', weil dann für den Dritten ein 'succedere in vitium' stattfinde. Es fehlte unter den Kommen-

tatoren aber auch nicht an Vertretern, welche die Klage aus dem 'canon Redintegranda' in der weiten Ausgestaltung der Doktrin und Praxis unverändert übernahmen. In letzterer Form musste sich diese Klage auf Wiedereinräumung entzogenen Besitzes gegen Ende des 14. Jahrhunderts in der weltlichen Rechtspraxis durchgesetzt haben. So weist jedenfalls Carl Georg BRUNS für die Zeit von 1400 an auf eine grosse Anzahl von entsprechenden Entscheidungen italienischer Gerichte hin¹¹⁷⁾.

(e) Bei Besitzesstörungen bildete sich allmählich ein bestimmtes s u m m a r i s c h e s V e r f a h r e n aus¹¹⁸⁾. Beanspruchten etwa zwei Parteien die Sachherrschaft über das gleiche Grundstück und bezichtigten sie sich gegenseitig der Besitzesstörungen, so stand den Streitenden von Rechts wegen das 'interdictum uti possidetis' zur Verfügung. Zur damaligen Zeit versuchten jedoch die Parteien bei einer derartigen Zwistigkeit vermehrt, ihre Besitzinteressen eigenmächtig durchzusetzen und beschritten den Rechtsweg nicht¹¹⁹⁾. Dies barg natürlich die Gefahr in sich, dass der strittige Zustand eskalierte und gegenseitig die Anwendung von Waffengewalt zu befürchten war. Um eine solche Entwicklung zu verhindern, stand dem Richter das Recht zu, 'ex officio' einzuschreiten, den Streitparteien die Vornahme weiterer Besitzhandlungen zu untersagen und alsdann in einem ausserordentlichen Verfahren zu entscheiden, wem der Besitz am fraglichen Grund und Boden zukommen sollte. Im 14. Jahrhundert wurde dieses Verbot der Besitzausübung als "eine eigentliche Entziehung und Sequestration des Besitzes" (BRUNS) verstanden. Zugleich bildete sich nun jedoch die Regel aus, dass der Richter vorgängig der genannten Besitzesentziehung in einer ersten s u m m a r i s c h e n U n t e r s u c h u n g zu prüfen hatte, wem der Besitz zukomme. Die dabei obsiegende Partei wurde alsdann v o r d e r h a n d in ihrer Sachherrschaft geschützt, die andere auf die ordentliche Besitzesklage verwiesen. Diese Regel beruhte auf der Ueberlegung, dass bei einer allgemeinen Besitzesentziehung gezwungenermassen einer Partei Unrecht geschehe, was als unbillig empfunden

den wurde. Nur wenn in der genannten summarischen, provisorischen Untersuchung keinem der Streitenden der vorläufige Besitz zugesprochen werden konnte, durfte der Richter zur Besitzesentziehung zu Lasten beider Parteien schreiten. Letzteres kam nun allerdings nur noch selten vor, da in der Regel ein Entscheid über einen vorläufigen Besitzstand ergehen konnte. Es ist nur natürlich, dass in der Folge auch den Streitparteien selbst das Recht zugestanden wurde, eine solche summarische Besitzregulierung zu verlangen.

Bereits bei Baldus DE UBALDIS finden wir nun das Verfahren beim 'interdictum uti possidetis' geschieden in ein 'p o s s e s s o r i u m s u m m a r i u m' ¹²⁰⁾ und in ein 'p o s s e s s o r i u m o r d i n a r i u m' ¹²¹⁾.

Die Entwicklung ging im folgenden dahin, dass bei allen possessorischen, aber offenbar auch petitorischen Prozessen für die Dauer des Verfahrens ein bestimmter, ruhiger Besitzstand hergestellt und dieser alsdann geschützt wurde. Von den einstigen Voraussetzungen für die Anwendung des 'possessorium summarium', etwa der drohenden Eskalierung des Besitzstreites und des dementsprechend befürchteten Griffes zu den Waffen seitens der betreffenden Parteien war keine Rede mehr. Diese (neue) Auffassung des 'possessorium summarium' findet sich in seiner vollen Ausbildung erstmals bei Paulus DE CASTRO (gest. 1441).

Die rechtliche Natur dieses 'possessorium summarium' war die eines 'possessorium r e t i n e n d a e possessionis', wobei man sich jedoch die rekuperatorische Funktion dieses römischen Verfahrens vor Augen zu halten hat. Es diente stets nur dazu, einen momentanen Besitzstand festzulegen und diesen zu schützen. Wie schon sein Name initiiert, musste das 'summarium' natürlich eine gewisse Schnelligkeit aufweisen. Dementsprechend wurden nur liquide Beweise berücksichtigt. Die Einrede, der Gegner habe den Besitz fehlerhaft, d.h. 'vi, clam vel precario' erlangt, erforderte deshalb s o f o r t i g e n Beweis.

Die im 'summarium' getroffene Entscheidung hatte keine präjudizielle Wirkung, so dass im 'possessorium ordinarium' immer noch demjenigen die Sache zugesprochen werden konnte, der im 'possessorium summarium' unterlag. Mit jenem ordentlichen Besitzprozess stand das 'summarium' auch immer irgendwie in Verbindung, anfangs etwa dergestalt, dass mit Einleitung des summarischen Vorverfahrens zugleich auch die Anhängigmachung des 'ordinarium' verbunden sein musste. Aber auch später, als das 'possessorium summarium' als ein 'separatum iudicium' verstanden wurde, blieb es doch zumindest ein dem Hauptverfahren akzessorischer Prozess. Es konnte vor oder während eines ordentlichen Verfahrens angestrengt werden.

(f) Rezipiert wurde also nicht eine "reine" römisch-antike Besitzlehre, sondern ein bereits mehr oder weniger stark modifiziertes Besitzrecht.

c) 'possessio' im römisch-gemeinen Recht des 'usus modernus pandectarum'

(a) Gegen Ende des 16. Jahrhunderts fand die Rezeption des römisch-gelehrten Rechts in Deutschland ihren allmählichen Abschluss, nachdem diese Rechtsmasse im Verlaufe des 15. und 16. Jahrhunderts "immer tiefer, auch im soziologischen Sinne" (SCHOTT¹²²), eingedrungen war. Anhand dieses rezipierten Rechtsstoffes bildete sich die ältere Gemeinrechtswissenschaft aus, welche - im Verlaufe des 17. und dann im 18. Jahrhundert ihre Höhepunkte erreichend¹²³) - gewöhnlich nach einem Werk eines Vertreters dieser Wissenschaft, Samuel STRYK (1640 - 1710), 'u s u s m o d e r n u s p a n d e c t a r u m' genannt wird¹²⁴). Diese Richtung in der Privatrechtswissenschaft zeichnete sich durch eine unbefangene Haltung gegenüber dem rezipierten römischen Recht, durch eine betonte Orientierung an den Erfordernissen des praktischen Alltags, sowie durch einen bewussten Einbezug einheimisch gewachsenen Rechts aus¹²⁵). Der juristische Humanismus, welcher bestrebt war, die antiken römischen Rechtsquellen von der "Ueberkrustung" durch die mittelalterlichen Lehren der Glossatoren

und Kommentatoren zu befreien¹²⁶⁾, vermochte sich in Deutschland nicht durchzusetzen¹²⁷⁾. Für das Recht des Besitzes bedeutete dies, dass die bereits in der mittelalterlichen italienischen Doktrin und Praxis festgestellte Anpassung des antiken römischen Besitzrechts an die veränderten tatsächlichen und rechtlichen Bedingungen in der nun hier interessierenden Zeit weiterlebte.

Schon bei den Glossatoren zeigte sich die Tendenz, den Bereich geschützter Besitztatbestände gegenüber dem antiken römischen Besitzrecht weiter zu ziehen. Im 'usus modernus pandectarum' wurde nun etwa von Georg Adam STRUVE (1619 - 1692) oder Wolfgang Adam LAUTERBACH (1618 - 1678) die Ansicht vertreten, Besitz komme jedem Inhaber tatsächlicher Sachgewalt zu, welcher die Absicht habe, die Sache als ein an ihr dinglich Berechtigter zu beherrschen¹²⁸⁾. Als blosse Detentoren oder 'possessores late vel improprie dicti' wurden demgegenüber etwa noch die Mieter, Pächter oder Kommodataren bezeichnet¹²⁹⁾. Doch kam diesem Umstand praktisch keine allzu grosse Bedeutung zu, weil nämlich bei Besitzesentziehung die Spolienklage auch dem Detentor zugestanden wurde; und desgleichen konnte der blosse Inhaber das 'possessorium summarium' oder 'summarissimum', wie es nun hiess, anstrengen¹³⁰⁾.

Ein späterer Vertreter des 'usus modernus pandectarum' war Augustin LEYSER (1683 - 1752), ein bereits von Frühaufklärung und Vernunftrecht erfasster Jurist, welcher als Professor in Wittenberg und daselbst bis zu seinem Ableben auch am Hofgericht und Schöffenstuhl tätig war¹³¹⁾. Er sprach jeder Sachherrschaft "aus irgend einem rechtlichen Grunde" Besitz zu¹³²⁾. Obwohl Romanist, lehnte LEYSER die "römischen Suptilitäten" ab und lobte demgegenüber das deutsche Recht für seine diesbezügliche Freiheit¹³³⁾. Diese Haltung hängt möglicherweise auch bereits mit dem erwähnten Einfluss des rationalen Naturrechts auf LEYSER zusammen. Das Vernunftrecht hat nämlich oft noch entschiedener als der 'usus modernus' deutschrechtlichen Vorstellungen und Institutionen zu erneutem Durchbruch verhelfen, welche ihm "vor dem Forum der Vernunft den römischen Überlegen schienen"¹³⁴⁾.

Im allgemeinen preussischen Landrecht von 1794, welches sowohl vom damaligen Naturrecht als auch in vielen Fragen des Privatrechts wesentlich vom 'usus modernus pandectarum' geprägt war¹³⁵⁾, wurde dann neben dem Eigenbesitzer auch derjenige als Besitzer bezeichnet, welcher die Sache "zwar als fremdes Eigentum, aber doch in der Absicht darüber für sich selbst zu verfügen, in seine Gewahrsam übernommen hatte"¹³⁶⁾, so beispielsweise auch der Pächter, Mieter, Pfandgläubiger, Nutzniesser und Entlehner.

Das Institut des mehrfachen Besitzes, welches sich ja bereits bei den mittelalterlichen Juristen entwickelt hatte, wurde im 'usus modernus' ebenfalls anerkannt¹³⁷⁾, und so setzte denn etwa nach dem ALR der vollständige Besitzer seine Sachherrschaft bei Einräumung des unvollständigen Besitzes an einen obligatorisch oder beschränkt dinglich Berechtigten fort¹³⁸⁾. Ob es sich bei der so an einen "Unterbesitzer" weggegebenen Sache um eine bewegliche oder unbewegliche handelte, spielte keine Rolle mehr. Die noch das mittelalterliche Gewererecht prägende Trennung zwischen Fahrnis- und Liegenschaftsgewere ging unter dem Einfluss der Rezeption des römisch-gelehrten Rechts, welches einen derartigen Unterschied nicht kannte, verloren¹³⁹⁾.

(b) Gegen die Spolienklage bzw. die 'condictio ex canone Redintegranda' wandte sich im Jahre 1674 entschieden Caspar ZIEGLER in seinem 'commentarius ad canonem Redintegranda'. Ausgehend vom Urtext der pseudoisidorischen Dekretalen¹⁴⁰⁾, auf denen der 'canon Redintegranda' des 'Decretum Gratiani' - wenn auch in verkümmelter Form - beruhte¹⁴¹⁾, will ZIEGLER eine Klage aus dem 'canon Redintegranda' überhaupt ablehnen¹⁴²⁾. Er stellte bei seinem Quellenstudium nämlich fest, dass der Text des Pseudoisidor lediglich folgende E i n r e d e vorsah: Ein seines Gutes beraubter Bischof, der einer strafbaren Handlung wegen angeklagt wurde, konnte die Einrede erheben, er sei vorgängig der Verhandlung über die ihm vorgeworfene Sache wieder in den Besitz des ihm entrisenen Gutes zu setzen¹⁴³⁾. Eine Klage des Spoliierten auf Restitution entstand erst, weil im betreffenden 'canon' die

entscheidenden, auf die genannte Einrede hinweisenden Worte aus unerfindlichen Gründen weggelassen worden waren.

Dieser Kritik ZIEGLERS hielt die zeitgenössische Doktrin jedoch die feststehende Praxis entgegen, und so findet sich denn nach Carl Georg BRUNS die Spolienklage auch in den Juristenschriften des ausgehenden 17. und beginnenden 18. Jahrhunderts, etwa bei BRUNNEMANN, STRYK, STRUVE oder LEYSER¹⁴⁴⁾.

Im 18. Jahrhundert trat dann allerdings der berühmte Justus Henning BOEHMER (1674 - 1749) gegen die Spolienklage auf. Er anerkannte allein eine Modifikation des 'interdictum unde vi' durch 'cap. 18 X de restitutione spoli'. BOEHMERS Lehre führte jedoch lediglich dazu, dass die Spolienklage in der Folge nur noch gegen einen bösgläubigen Drittbesitzer angestrengt werden konnte. Die Klage selbst vermochte sie nicht zu beseitigen und so begegnen wir ihr bis zum Ende des 18. Jahrhunderts in sämtlichen Lehrbüchern des römischen Rechts, des Kirchenrechts, des Prozesses sowie in anderen, vor allem praktisch-juristischen Schriften¹⁴⁵⁾.

(c) Was das 'possessorium summarium' oder 'summariissimum' betrifft, so orientierte sich die ältere gemeinrechtliche Doktrin des 17. Jahrhunderts namentlich an der Reichskammergerichtsordnung, die das 'summariissimum' in Fällen vorsah, in denen bei einer Besitzstreitigkeit Gewalttätigkeiten oder genauer "Empörung, Weiterung oder Aufruhr" zu befürchten waren¹⁴⁶⁾. Dementsprechend findet sich in den Werken so namhafter Vertreter ihres Faches wie BRUNNEMANN, LAUTERBACH, SCHILTER oder STRYK die Auffassung eines bloss beschränkten Anwendungsbereiches des 'summariissimum'¹⁴⁷⁾. Diese Theorie drang jedoch in der allgemeinen Rechtspraxis grundsätzlich nicht durch¹⁴⁸⁾.

Im 18. Jahrhundert machte die Lehre dann allerdings eine Kehrtwendung und folgte der Überwiegenden Auffassung der Praxis. Sie verwarf das Erfordernis des 'timor armorum', so etwa unter Berufung auf BERGER, welcher bereits im Jahre 1704 für die Ansicht der Praxis eingetreten war, oder - weiter zurückgreifend - auf Paulus DE CASTRO¹⁴⁹⁾.

Hinsichtlich des Verhältnisses zwischen 'summarissimum' und 'ordinarium' bildete sich die Meinung aus, das 'summarissimum' sei ein vollständig selbständiger Prozess. Diese Auffassung, die sich zuerst in der Praxis entwickelte, wurde von der Doktrin übernommen, und der Unterschied zwischen den beiden Verfahren etwa dahingehend bestimmt, dass im Rahmen der summarischen Untersuchung über den Besitzstand lediglich auf die jüngsten Besitzeshandlungen abgestellt und erst im 'ordinarium' der Nachweis älterer Besitzesausübung sowie die Einrede fehlerhaften Besitzes zugelassen werde. Gerade bezüglich der 'exceptio vitiosae possessionis' fehlte aber auch die Gegenmeinung nicht, wonach die Einrede im Rahmen des 'summarissimum' erhoben und gehört werden könne; diese letztere Ansicht scheint nach BRUNS¹⁵⁰⁾ gegen Ende des 18. Jahrhunderts sogar die vorherrschende gewesen zu sein. Das 'summarissimum' wurde auch in dieser Zeit als 'p o s s e s s o r i u m r e t i n e n d a e p o s s e s s i o n i s' verstanden. Als Kläger konnte jeder Detentor auftreten, eine Auffassung, die mit dem Umstand begründet wurde, dass es beim 'possessorium summarissimum' "nur auf das Factum des wirklichen gegenwärtigen Besitzes ankomme" (BRUNS). Ob der Besitz einer beweglichen oder einer unbeweglichen Sache eine Störung erfuhr, spielte keine Rolle¹⁵¹⁾.

2.) Regelung des PGB im einzelnen

A.) Besitzbegriff

a) Grundsätzliche Begriffsbestimmung - die begriffswesentlichen Elemente

Eine eigentliche Begriffsbestimmung des Besitzes suchen wir im PGB vergebens. Den allgemeinen Begriff des Besitzes müssen wir für das PGB vielmehr aus der Regelung über den Erwerb des Besitzes gewinnen.

Zu Beginn des zweiten Abschnittes des Sachenrechtes, der mit den Worten "vom Besitz" überschrieben ist, lesen wir in § 488 PGB:

"Zu dem B e s i t z e r w e r b e gehört in der Regel¹⁵²⁾ zweierlei:

- a. Die A e u s s e r u n g k ö r p e r l i c h e r Macht über eine Sache¹⁵³⁾, an welcher Besitz ergriffen wird;
- b. der W i l l e, diese Macht in eigenem Interesse zu üben."

Daraus lässt sich nun der Besitzbegriff des zürcherischen PGB ableiten. Wer die tatsächliche physische Gewalt über eine Sache innehat, verbunden mit dem Willen, diese Sache in eigenem, in selbständigem Interesse zu beherrschen, ist ihr Besitzer. BLUNTSCHLI unterscheidet deutlich zwischen dem 'corpus (possessionis)', dem äusseren sinnlich wahrnehmbaren Tatbestand des Besitzes, der physischen Herrschaft über die Sache¹⁵⁴⁾, und dem 'animus (possidendi)', dem inneren Tatbestand des Besitzes, welcher den Willen beinhaltet, die Sache zu beherrschen, wobei diesem sogenannten Besitzwillen die besondere Funktion zukommt, zu bestimmen, welche tatsächliche Sachgewalt als Besitz, welche als blosser Detention (Inhabung) zu gelten hat. Es ergibt sich nämlich mittels eines Schlusses 'e contrario' aus § 488 PGB, dass in den Fällen, in welchen dem "Detentor" - im untechnischen Sinne verstanden - der Herrschaftswille im eigenen Interesse fehlt, kein Besitz vorliegt.

Mit 'corpus' und 'animus' als begriffswesentlichen Elementen des Besitzes steht das PGB ganz in der römisch-gemeinrechtlichen Tradition und im Einklang mit den entsprechenden Regelungen in den beiden grossen deutschsprachigen Vernunftrechtskodifikationen, dem ALR von 1794 und dem ABGB von 1811, die ja wiederum im Privatrecht weitgehend auf der älteren Gemeinrechtswissenschaft des 17. und 18. Jahrhunderts fussen. So lesen wir im ALR:

I.7.§ 3: "Wer (...) eine Sache in der Absicht, darüber für sich selbst zu verfügen (...) in seine Gewahrsam nimmt, der wird Besitzer der Sache" (Hervorhebungen durch den Verfasser)¹⁵⁵),

und finden im österreichischen ABGB die Bestimmung:

§ 309, Satz 2: "Hat der Inhaber einer Sache den Willen, sie (sc. die Sache; Anm. des Verfassers) als die seinige zu behalten, so ist er ihr Besitzer" (Hervorhebungen durch den Verfasser)¹⁵⁶).

Bei SAVIGNY, dessen Besitzlehre die romanistische Gemeinrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts namentlich während der ersten Jahrhunderthälfte nachhaltig prägte, lesen wir:

"Nun ist also der allgemeinste Ausdruck für den materiellen Begriff des Besitzes dieser: es ist Detention¹⁵⁷), verbunden mit 'animus possidendi'....¹⁵⁸)."

Im folgenden soll nun noch geklärt werden, wann nach zürcherischem Recht eine für den Besitz ausreichende Sachherrschaft vorliegt, und was unter dem Ausdruck "in eigenem Interesse" zu verstehen ist. Dazu können wir uns auf die §§ 489 und 490 stützen, welche den Zweck haben, die grundsätzliche Norm von § 488 zu konkretisieren.

aa) 'corpus'

(a) Die für den Besitz grundsätzlich begriffsnotwendige Sachgewalt ist nach § 489 PGB nicht erst dann erlangt, wenn das entsprechende Objekt tatsächlich körperlich berührt oder gar ergriffen worden ist¹⁵⁹). Es genügt vielmehr, wenn die

M ö g l i c h k e i t e r l a n g t i s t, " a u f d i e S a c h e u n m i t t e l b a r e i n z u w i r k e n ", was nach BLUNTSCHLI'S Erläuterungen - unter Berufung auf SAVIGNY¹⁶⁰⁾ - etwa auch dann der Fall ist, wenn ein Käufer durch Tradition die Schlüssel zu dem Behältnis erhalten hat, in welchem sich die erworbenen Gegenstände befinden¹⁶¹⁾.

Wie sich nun aber aus SAVIGNY'S Schrift schliessen lässt¹⁶²⁾, ist der Besitz durch Schlüsselübergabe nur dann erworben, wenn deren Tradition in Gegenwart des Behältnisses erfolgte. Diese Auffassung stützt sich - wie SAVIGNY'S Werk überhaupt - auf das 'Corpus iuris civilis'. Dort sagt nämlich PAPINIAN in Dig. 18,1,74, dass die Schlüssel v o r d e m S p e i c h e r übergeben werden müssen ('clavibus traditis, ita mercium in horreis conditarum possessio tradita videtur, si claves apud horrea traditae sint')¹⁶³⁾. J.C. BLUNTSCHLI macht diese Einschränkung in den erwähnten Erläuterungen¹⁶⁴⁾ nicht und auch in den Protokollen der GRK ist davon nirgends die Rede. Allerdings spricht das Gesetz von der Möglichkeit, auf die Sache u n m i t t e l b a r einzuwirken. Versteht man diesen Ausdruck zeitlich, im Sinne von "jeden Augenblick"¹⁶⁵⁾, so wäre zu folgern, dass dann anlässlich der Schlüsselübergabe die Gegenwart des Gebäudes oder generell des Behältnisses gegeben sein müsste.

Eine derartige Lösung erscheint jedoch recht schwerfällig und unpraktikabel. Hätte sie BLUNTSCHLI und die GRK gleichwohl zum Gesetz erheben wollen, so wäre dies im Protokoll oder in BLUNTSCHLI'S Anmerkungen zu § 489 wohl mit Sicherheit besonders herausgestrichen worden. Aus dem Verweis des Gesetzesredaktors auf SAVIGNY'S Abhandlung zum Besitz kann nicht einfach der Schluss gezogen werden, BLUNTSCHLI habe somit seines Lehrers Lösung in allen Einzelfragen übernommen. Es sei hier nur an BLUNTSCHLI'S Äusserung erinnert, der Gesetzgeber müsse auch gegenüber der "Lehre der Schule" einen unabhängigen Standpunkt einnehmen¹⁶⁶⁾.

Endlich findet sich auch etwa im Kommentar von WOLF zu § 65 revPGB, welcher - von redaktionellen Aenderungen abgesehen -

genau unserem § 489 (a)PGB entspricht, kein Hinweis darauf, dass bei der Uebergabe der Schlüssel das fragliche Behältnis zugegen sein muss¹⁶⁷⁾.

Somit dürfen wir m.E. davon ausgehen, dass nach BLUNTSCHLI'S Gesetzbuch der Besitz auch dann als erworben gilt, wenn die Schlüssel etwa in Zürich übergeben werden, die zu überreichenden Weinfässer sich jedoch in einem verschlossenen Keller in Stäfa befinden.

(b) Nach Abs. 2 von § 489 PGB besteht diese Möglichkeit, Sachherrschaft auszuüben, aber auch dann, "wenn die Sache in die Wohnung oder das Magazin des Erwerbers gelangt ist, selbst wenn dieser weder persönlich noch durch einen Stellvertreter zugegen war". BLUNTSCHLI verweist in seinem Kommentar zu Abs. 2 wiederum auf die Besitzmonographie SAVIGNY'S. Dieser führt an der entsprechenden Stelle - gestützt auf CELSUS Dig. 41,2,18,1¹⁶⁸⁾ - aus:

"(...) also ist das blossе Niederlegen im Hause das Factum gewesen, wodurch der Besitz erworben wurde. Auch bemerkt der Jurist (gemeint ist CELSUS; Anm. des Verfassers) ausdrücklich, dass nicht etwa im Namen des Käufers die Sache habe müssen von seinen Leuten in Empfang genommen werden ('quamquam id nemo dum attigerit'), weil man sonst darin den Grund des Besitzes hätte setzen können"¹⁶⁹⁾.

Den Grund für eine solche doch ziemlich gelockerte Sachherrschaft sieht SAVIGNY darin, dass "jeder über sein Haus sicherere Herrschaft hat, als über alles andere Vermögen, und durch jene Herrschaft zugleich die 'custodia' aller der Sachen, die in dem Hause enthalten sind"¹⁷⁰⁾. Ganz ähnlich lautet auch die Anmerkung zu § 489 PGB (Ziff. 2) des zürcherischen Gesetzesredaktors, wenn dieser - nur wenige Zeilen später die besagte Stelle SAVIGNY'S zitierend - schreibt¹⁷¹⁾:

"Weil dieser (gemeint ist der Käufer; Anm. des Verfassers) die Wohnung besitzt, so begründet der Verschluss der Wohnung auch die körperliche Macht ihres Besitzers über die dahin gebrachten Gegenstände".

(c) Was den körperlichen Aspekt des Besitzbegriffes angeht, sei noch folgendes bemerkt: In § 489 PGB wird festgelegt, dass es für den Erwerb des Besitzes ausreiche, wenn die Möglichkeit erlangt sei, auf die Sache unmittelbar einzuwirken. Diese Regel kann jedoch - wie auch BLUNTSCHLIS Beispiele in seinen Erläuterungen zeigen - nur für den derivativen Besitzerwerb Geltung haben. Für den originären Erwerb ist ein sinnfälligeres Ereignis notwendig. So muss der Dieb den vielzitierten Pflug, den ein Bauer auf dem Acker hat stehen lassen, ergreifen und fortschleppen, um eine Besitzänderung herbeizuführen. Die Möglichkeit allein, den Pflug zu ergreifen reicht nicht aus, denn damit ist des Bauern Besitz noch nicht gebrochen. Dieser hat weiterhin die Möglichkeit auf die Sache einzuwirken, indem er etwa zurückkehrt und den Pflug nach Hause nimmt.

Dass hingegen der einmal erworbene Besitz auch bei Abwesenheit des Besitzers fort dauert, wenn also nur die Möglichkeit besteht, die Sache zu ergreifen und zu gebrauchen, entspricht einem allgemeinen Verkehrsbedürfnis¹⁷²). Nach BLUNTSCHLIS Zürcher Privatrechtskodifikation geht der Besitz selbst dann nicht verloren, wenn die genannte Möglichkeit sogar vorübergehend aufgehoben ist. So sagt der Gesetzesredaktor in seinem Kommentar (Ziffer 2) zu § 521 PGB:

"Wenn (jemandem) nahe am Ufer an einer zugänglichen Stelle ein Koffer ins Wasser fällt und versinkt, der hat den Besitz nicht sofort eingebüsst, da er noch nahe liegende Mittel hat, denselben wieder herausholen zu lassen;"

Nach J.C. BLUNTSCHLI tritt Besitzverlust erst ein, wenn die besessene Sache *d a u e r n d v e r l o r e n w i r d* oder dem Besitzer etwa durch Diebstahl entzogen wird¹⁷³⁾.

bb) 'animus'

(a) § 490 PCB enthält eine nähere Konkretisierung zu § 488 lit. b, zum zweiten begriffswesentlichen Element, dem *B e s i t z w i l l e n* ('animus'). Wie sich aus dieser Norm ergibt, stimmt der Besitzwille der Zürcher Kodifikation, der Wille nämlich, die Gewalt über die Sache "in eigenem Interesse zu üben" *n i c h t* mit dem 'animus possidendi' überein, wie ihn F.C. VON SAVIGNY in seinem Werk zum "Recht des Besitzes" versteht¹⁷⁴⁾. SAVIGNY, aber auch PUCHTA¹⁷⁵⁾, dann ARNDTS¹⁷⁶⁾ und grundsätzlich ebenso das österreichische ABGB¹⁷⁷⁾ qualifizieren nur den 'animus domini', d.h. also nur den Willen, die Sachherrschaft als, oder besser, wie ein Eigentümer auszuüben, als einen für den Besitz ausreichenden Willen.

Nun konnte jedoch SAVIGNY nicht entgehen, dass die römischen Quellen nicht allein denjenigen als Besitzer bezeichnen, der mit 'animus domini' detiniert, sondern in gewissen wenigen Fällen auch den Fremdbesitzer, so etwa den Pfandgläubiger oder den Prekaristen. Nach SAVIGNY handelt es sich bei diesen Fällen um solche *a b g e l e i t e t e n B e s i t z e s*, bei denen der Erwerber der Sachherrschaft trotz Fehlens eines 'animus domini' als Besitzer angesehen werden müsse¹⁷⁸⁾. Da der Besitz Factum und Recht zugleich sei¹⁷⁹⁾, eigentlich seinem Wesen nach Factum, in seinen Folgen einem Recht gleich, könne das Recht, das 'ius possessionis', veräußert werden. Ueberträgt also ein Sachinhaber mit 'animus domini' sein 'ius possessionis' mit der Sachherrschaft auf einen anderen, der keinen 'animus domini' hat, wird letzterer kraft dieser Rechtsübertragung gleichwohl *B e s i t z e r*, und als solcher in seiner Sachgewalt mittels der Interdikte geschützt. Eine solche Uebertragung kann nach SAVIGNY aber nur dort angenommen werden, wo es das positive Recht vorsieht¹⁸⁰⁾, und dies ist der Fall beim Pfandgläubiger, beim Prekaristen und beim Sequester.

Diese Auffassung SAVIGNYS, die hier ihrer besonderen Wirkung auf die romanistische Privatrechtswissenschaft im 19. Jahrhundert wegen etwas ausführlicher skizziert wurde, ist - wie eingangs angetönt- im BGB verworfen worden. BLUNTSCHLI zieht in "seiner" Kodifikation den Anwendungsbereich des Begriffes 'animus possidendi' weiter. So betrachtet das BGB j e d e n als Besitzer, der ein "s e l b s t ä n d i g e s I n t e r e s s e" an seiner Sachgewalt hat, so neben dem Eigentümer oder demjenigen, der sich unberechtigterweise Eigentum anmasst, wie beispielsweise der Dieb¹⁸¹⁾, etwa auch den Pächter, den Mieter, den Nutzniesser oder den Faustpfandgläubiger. Letztere haben zwar nicht wie der Eigentümer oder der Dieb eine vollkommene, dem Eigentum analoge tatsächliche Sachherrschaft und somit keinen Eigentums- oder Eigenbesitz; dennoch sind sie aber auch in ihrer beschränkten, unvollständigen Gewalt über die Sache als Besitzer zu anerkennen¹⁸²⁾. Das BGB spricht von Pacht-, Miete-, Niessbrauch- oder Pfandbesitz¹⁸³⁾. J.C. BLUNTSCHLI schreibt dazu in seinen Erläuterungen:

"Das Gesetz geht hier über die Theorie des römischen Rechtes hinaus und spricht von B e s i t z auch unter Voraussetzungen, wo dieses nur eine von dem Rechte nicht geschützte 'd e t e n t i o' (im Gegensatz zur 'p o s s e s s i o') ein blosses I n n e h a b e n annimmt"¹⁸⁴⁾,

und im Protokoll über die Verhandlungen der GRK zu dieser Bestimmung lesen wir im weiteren¹⁸⁵⁾:

"Der Herr Redaktor (sc. J.C. BLUNTSCHLI, Anm. des Verfassers) hob hervor, dass die diesfälligen Bestimmungen im Widerspruche mit der bisherigen Theorie, namentlich den Ansichten von Savigny stehen, diese aber, resp. die Theorie des römischen Rechts, als durchaus unhaltbar

sich darstelle, da ja jeder Pächter und Mieter sich in speziellen Beziehungen zum Besitze (betrachte), besonders der erstere niemals davon ausgehe, dass er nur für den Eigentümer besitze, daher denn auch das Deutsche Recht schon in alter Zeit von einer Gewere des Pächters & Mieters spreche".

(b) In dieser gegenüber SAVIGNY und der Romanistik seiner Zeit abweichenden Bestimmung des 'animus possidendi' im PGB wird das Bestreben des Germanisten BLUNTSCHLI manifest, auch dort, wo er sich als Gesetzgeber an das römische Recht anlehnt, nicht einfach rezeptiv zu verfahren, sondern - soweit nötig - einen davon unabhängigeren Standpunkt einzunehmen und das römische Recht durch einheimisches "lebendiges" deutsches Recht zu ergänzen.

Im 1853 publizierten ersten Band seines Werkes "Deutsches Privatrecht", den wir hier angesichts der zeitlichen Nähe zur Kodifikation des Zürcher Sachenrechtes für BLUNTSCHLIS Anschauungen bei der Regelung des Besitzes glauben heranziehen zu dürfen, schreibt der Gesetzesredaktor¹⁸⁶⁾, das ältere deutsche Recht habe etwa als Gewere sowohl die Eigengewere als auch die beschränkte Lehens- oder Pachtgewere anerkannt. Es seien überhaupt die Arten der deutschen Gewere "so mannichfaltig als die rechtlichen Herrschaftsverhältnisse des Menschen an dem Gute". BLUNTSCHLI fährt dann wenige Zeilen weiter unten fort:

"Wer unser Volk¹⁸⁷⁾ in seinen Gedanken und in seinen Sitten beobachtet, der wird sich leicht überzeugen, dass es gerade in dieser Beziehung den Besitz noch so versteht, wie das ältere deutsche Recht die Gewere verstanden hat, und dass ihm, was die Römer 'd e t e n t i o' genannt haben, häufig noch als Besitz, freilich nicht als Eigentumsbesitz, aber als eine von Rechts wegen

zu schützende thatsächliche Herrschaft vorkommt. Und hierin hat das Volk ganz recht, denn in dieser Beziehung ist das deutsche Recht in der That entwickelter als das römische, welches zu sehr noch den Besitz nur als v o l l k o m m e n e Herrschaft (dem Eigenthum analog) auffasste".

BLUNTSCHLI sieht also in der genannten Art und Weise das Wesen der deutschen Gewere auch im Volke der Gegenwart weiterleben. Zudem erscheint dem Gesetzesredaktor diese lebendige Volksanschauung als zeitgemäss. BLUNTSCHLI musste somit von seiner erwähnten Auffassung her zu einer Modifikation des 'animus domini' im Sinne SAVIGNYS gelangen.

Wie das BGB, so kennt auch das Preussische Landrecht, in welchem nach BLUNTSCHLIS eigener Aussage im einzelnen Vieles zu lernen sei¹⁸⁸⁾, einen weitergreifenden Besitzwillen, den wir hier mit BILLETTER¹⁸⁹⁾ als 'animus rem sibi habendi' bezeichnen möchten. Das ALR qualifiziert auch denjenigen als Besitzer, welcher eine Sache "zwar als fremdes Eigenthum, aber doch in der Absicht, darüber für sich selbst zu verfügen, in seine Gewahrsam übernommen (hat)" (I.7.§ 6). Solche Besitzer, zu denen etwa Nutzniesser, Entlehner, Pächter oder Mieter zählen¹⁹⁰⁾, werden im ALR u n v o l l s t ä n d i g e Besitzer genannt und dem v o l l s t ä n d i g e n Besitzer, welcher "eine Sache als sein eigen besitzt" (I.7.§ 7) gegenübergestellt.

Im weiteren Umfange als das römische Recht im Sinne SAVIGNYS nimmt offenbar auch das Bayrische Landrecht Besitz an. Die entsprechende Bestimmung wird von BLUNTSCHLI in seinem "Deutschen Privatrecht" unter § 56 ("Neueres Besitzrecht") zitiert. Es heisst dort: "C i v i l i s p o s s e s s i o - da man die Sache - s o l o a n i m o - oder c o r p o r e e t a n i m o zugleich und zwar von Eigenthums- oder wenigst von eines anderen Rechts wegen, z.B. von Pfandschaft, Nutznießung oder Pachtungsweise inne hat"¹⁹¹⁾.

Nun fällt auf, dass unter dem genannten § 56 des "Deutschen Privatrechts", unmittelbar anschliessend an die Zitierung der Bayrischen Kodifikation, auch die eben erwähnten §§ 6 und 7 des ALR sowie § 816 des Entwurfes zum PGB aufgeführt werden. Letztere Bestimmung entspricht - von redaktionellen Aenderungen abgesehen - dem § 490 PGB.

Sowohl im Bayrischen Landrecht und im ALR als auch im Entwurf zum PGB wird im Gesetz *s e l b s t* ausdrücklich gesagt, dass eben auch derjenige, der nicht Eigen- oder Eigentumsbesitzer ist, als Besitzer betrachtet werden kann. Im Bayrischen Landrecht wie im PGB-Entwurf werden dafür sogar Beispiele angeführt. Wenn ich richtig sehe, sind überdies das ALR und das Bayrische Landrecht vor dem PGB die einzigen Kodifikationen, die einen solchen weitergefassten Besitzbegriff so deutlich zum Ausdruck bringen. Da wir zudem wissen, dass sich BLUNTSCHLI anlässlich seiner gesetzgeberischen Tätigkeit mit damals bereits bestehenden Gesetzen befasst hat¹⁹²⁾, scheint mir die Annahme zumindest vertretbar, dass das Bayrische Landrecht und das ALR BLUNTSCHLI bei der *k o n k r e t e n* Ausgestaltung der gesetzlichen Regelung zum Besitzbegriff massgeblich als Vorbild dienten. Gerade derartige Gesetze, die in weiten Teilen des Privatrechts auch vom älteren gemeinen Recht der damaligen Zeit geprägt waren, in welchem oft römischrechtliches Gedankengut mit deutschrechtlichen Auffassungen verbunden war, konnten doch nach dem Gesagten für J.C. BLUNTSCHLI wegweisend sein.

(c) Das "selbständige Interesse" an der Sachherrschaft ist das entscheidende Kriterium, ob eine Detention als Besitz zu qualifizieren ist oder nicht. Ueberall, wo die körperliche Macht, 'corpus', nicht in selbständigem Interesse ausgeübt wird, fehlt es demnach am Besitz, und liegt gemäss den Erläuterungen BLUNTSCHLIS nur ein des Besitzesschutzes *u n w ü r d i g e r* Fall *b l o s s e n I n n e h a b e n s* vor¹⁹³⁾. Als solche einfachen Detentoren werden im Kommentar BLUNTSCHLIS etwa der Dienstbote hinsichtlich der Sachen seiner Dienstherrschaft, der Fabrikarbeiter beim Gebrauch der Werkzeuge seines Fabrikherrn, der Advokat, was die Akten seiner Partei angeht, aber auch der Depositar hinsichtlich der hinterlegten Gegenstände bezeichnet¹⁹⁴⁾.

Hält man sich die Normen des PGB zum Hinterlegungsvertrag vor Augen, so ist BLUNTSCHLI'S Entscheidung, den Depositar den blossen Inhabern zuzuordnen, sicherlich richtig. Nach § 1140 PGB darf der Verwahrer die hinterlegten Sachen weder gebrauchen noch benutzen und zu § 1144 PGB schreibt J.C. BLUNTSCHLI in seinen Anmerkungen:

"Es folgt das (gemeint ist die unverzügliche Rückgabe der Sache durch den Depositar; Anm. des Verfassers) wieder aus der N a t u r d e s R e c h t s g e s c h ä f t e s, w e l c h e s n u r d e m I n t e r e s s e d e s H i n t e r l e g e r s d i e n t".

Auch für das ALR, das ja ebenfalls jeden Sachinhaber als Besitzer betrachtet, der in eigenem Interesse detiniert, ist die Sachherrschaft des Verwahrers nur e i n f a c h e r G e w a h r s a m, n i c h t B e s i t z¹⁹⁵⁾.

Nun fällt jedoch auf, dass der Gesetzesredaktor in seinem ersten Band des "Deutschen Privatrechts" unter der Ueberschrift "Neueres Besitzrecht" den Verwahrer ohne Zögern zu den B e s i t z e r n z ä h l t¹⁹⁶⁾. Dies ist insofern bemerkenswert, weil hier BLUNTSCHLI m.E. den Begriff des Besitzes so bestimmt, wie er im PGB Eingang gefunden hat. So sagt er:

"Anders freilich (als das Innehaben der Besitzer; Anm. des Verfassers) ist das Innehaben des K n e c h t e s an den Sachen des Herrn, des F a b r i k a r b e i t e r s und des G e s e l l e n an den Werkzeugen des Fabrikanten und des Meisters, des A n w a l t s an den Acten der Partei u.s.f. Diese üben in der That keine Herrschaft f ü r s i c h aus..."¹⁹⁷⁾.

Es ergibt sich aus diesen Worten 'e contrario', dass somit derjenige ein Besitzer heissen muss, der f ü r s i c h detiniert. Ein Unterschied zwischen Innehaben einer Sache "in eigenem Interesse" und Innehaben einer Sache "für sich" ist nicht zu ersehen.

Zudem schreibt BLUNTSCHLI keine zehn Seiten vorher, zwar unter dem Titel "Altdeutsche Gewere an Grundstücken", aber innerhalb desselben zweiten Kapitels ("Vom Besitz an den Sachen"), dass der enge römisch-rechtliche Besitzbegriff abzulehnen sei, denn die 'detentio' stelle in allen Fällen, in denen dem Inhaber ein s e l b s t ä n d i g e s I n t e r e s s e an der Sache zukomme, auch eine tatsächliche Ordnung des Menschen zu den Sachen dar und sei eben gerade deshalb eines vorübergehenden, provisorischen Schutzes würdig¹⁹⁸). Auch hier fordert also BLUNTSCHLI die Annahme von Besitz für alle Tatbestände, bei denen der Wille, in e i g e n e m Interesse zu detinieren, gegeben ist, schränkt sie aber auch auf diese Fälle ein.

Nach dem Gesagten ist es somit nicht in sich schlüssig, wenn BLUNTSCHLI im "Deutschen Privatrecht" den Depositär den Besitzern zuordnet. Er hat denn auch in der 1860 erschienenen zweiten Auflage den Verwahrer an der fraglichen Stelle nicht mehr als Besitzer qualifiziert.

Diese fehlende Folgerichtigkeit hängt m.E. mit einem gewissen rechtspolitischen Zug zusammen, der dem "Deutschen Privatrecht" anhaftet. Es ging dem Gesetzesredaktor an der besagten Stelle offenbar in erster Linie darum, gegen den engen romanistischen Besitzbegriff der Lehre SAVIGNYS Stellung zu nehmen. Bei der Kommentierung von § 490 PGB stand hingegen der Redaktor unter Ziff. 2 vor der ganz konkreten Frage zu bestimmen, ob dem Verwahrer nun ein "selbständiges Interesse" an seiner Sachgewalt zukomme oder nicht; dabei ist zu bedenken, dass zu dieser Zeit bereits der Entwurf zum Obligationenrecht, mithin auch zum Hinterlegungsvertrag, vorlag.

In diesem Zusammenhang scheint mir aber auch ein Urteil ELSENERS nicht uninteressant, der wohl nicht ganz zu Unrecht meint, dass im gesamten literarischen Schaffen BLUNTSCHLIS

"seine Fruchtbarkeit der Gründlichkeit Abbruch tat"¹⁹⁹⁾. In diese Richtung geht auch die Kritik Friedrich VON WYSS' am hier eben zur Diskussion stehenden ersten Band des "Deutschen Privatrechts": "Durch und zu Ende gearbeitet ist wenig darin; aber dafür viel Frisches und Anregendes. Schnell geboren wird es nicht lange dauern" (Brief von Friedrich VON WYSS' an Johannes SCHNELL vom 2. September 1853)²⁰⁰⁾.

cc) Zur Frage eines mehrfachen Besitzes im PGB

(a) Dadurch dass das PGB auch die Sachherrschaft des Mieters, Pächters, Entlehners und Pfandgläubigers als Besitz qualifiziert, stellt sich nun die Frage, ob der Eigentümer oder Eigenbesitzer, von dessen Stellung sich ja der Besitz jener Personen ableitet, mit Uebergabe- bzw. Weggabe der Sache, seinen Besitz verliert, oder ob er neben dem Fremdbesitzer Besitzer bleibt. Wir hätten dann einen sogenannten *m e h r f a c h e n B e s i t z*, im Sinne eines abgestuften Besitzes, vor uns, wie wir ihn im 'usus modernus', aber auch bereits im Mittelalter kennengelernt haben²⁰¹⁾.

Eine derartige Rechtsfigur findet sich auf jeden Fall bei SAVIGNY'S Besitztheorie nicht. Dies ergibt sich einmal schon daraus, dass er, gestützt auf seine Lehre vom 'animus domini', die Sachherrschaft der Inhaber persönlicher und beschränkter dinglicher Rechte grundsätzlich nicht als Besitz im juristischen Sinne betrachtet, sondern nur als schlichte Detention ohne rechtliche Wirkungen. Aber auch bei den Fällen abgeleiteten Besitzes anerkennt SAVIGNY keinen mehrfachen Besitz. So führt er, die Besitzverhältnisse bei Verpfändung von Fahrnis darlegend, aus:

"Der Gläubiger (sc. der Fremdbesitzer, der zur Zeit die tatsächliche Sachherrschaft ausübt; Anm. des Verfassers) hat 'possessio', d.h. das Recht der Interdicte, aber keine 'civilis possessio', d.h. nicht das Recht der Usucapion; der Schuldner²⁰²⁾ hat nicht das

Recht der Interdicte; ja er hat überhaupt gar keinen Besitz, aber er setzt dennoch die angefangene Usucapion fort, gleich als ob er noch immer den Besitz hätte" (letzte Hervorhebung durch den Verfasser)²⁰³).

Demgegenüber bestimmt das ALR in I.7.§ 124, dass der unvollständige Besitz (des Mieters, Pächters usw.) neben dem vollständigen Besitz (des Eigenbesitzers) besteht, der Mietebesitz somit den gleichzeitigen Eigenbesitz des Vermieters an der vermieteten Sache nicht ausschliesst.

(b) Eine gesetzliche Festschreibung des mehrfachen Besitzes fehlt im PGB. Aus den Erläuterungen BLUNTSCHLIIS zu § 490 PGB kann jedoch m.E. der Schluss gezogen werden, dass der Gesetzesredaktor für die Zürcher Zivilrechtskodifikation einen mehrfachen Besitz anerkennt²⁰⁴).

In Ziffer 3 der genannten Anmerkungen erklärt BLUNTSCHLI, dass "mehrere Besitzarten zugleich vorkommen könnten", und führt in der Folge dazu aus:

"Eine dem A zugehörige Wohnung ist an B vermietet. Nun wird durch Vorkehrungen des C die Benutzung seiner Wohnung gehemmt. Hier können A als Eigenbesitzer und B als Miethebesitzer über Besitzstörung klagen, jeder aus eigenem Interesse, aber der Miether nur so weit seine Miethe dadurch belästigt wird".

Während des Mietverhältnisses lässt BLUNTSCHLI also sowohl dem Vermieter als auch dem Mieter Besitz zukommen.

In dem in dieser Arbeit bereits herangezogenen § 56 des "Deutschen Privatrechts" mit der Ueberschrift "Neueres Besitzrecht" spricht der Gesetzesredaktor davon²⁰⁵), dass etwa bei der Erbpacht zwei Besitzarten zu unterscheiden seien. Eigenbesitz komme dem Herrn zu, der den Zins empfangt, Erbpachtbesitz dem Erbpächter. Auch hier ordnet BLUNTSCHLI also während des Rechtsverhältnisses beiden Besitz zu.

(c) Die Annahme eines mehrfachen Besitzes hat zur Folge, dass etwa dem Eigentümer, welcher eine Sache zu einem obligatorischen oder beschränkten dinglichen Recht weggibt, Besitz zugesprochen wird, obwohl ihm eigentlich die Möglichkeit fehlt, auf die Sache unmittelbar einzuwirken. Direkt in Gebrauch oder Nutzung hat nun der Entlehner, der Mieter oder der Nutzniesser die betreffende Sache. Wie ist dies nun mit § 488 lit. a und § 489 BGB in Einklang zu bringen? Bei der Darstellung des 'corpus' haben wir festgestellt, dass nach dem BGB ein einmal erworbener Besitz erst dann als verloren gilt, wenn dem Besitzer die besessene Sache durch Diebstahl entzogen wird, die Sache selbst untergeht oder sie "dauernd verloren wird" (§ 521 BGB). Eine bloss vorübergehende Unmöglichkeit der unmittelbaren Sachgewalt schadet demnach dem Besitzer nichts.

In den hier interessierenden Fällen hat nun aber der Eigenbesitzer die Sache entweder nur für einen bestimmten Zeitraum weggegeben, oder es bleibt ihm die Möglichkeit, durch Kündigung das fragliche Rechtsverhältnis aufzulösen und sich dadurch wieder in die unmittelbare Sachherrschaft zu setzen.

(d) Die mehrfache Gewere des deutschen Rechts dürfte auch hier mit beigetragen haben, dass BLUNTSCHLI zur Anerkennung eines mehrfachen, im Sinne eines abgestuften, Besitzes gelangte. Eindeutige Hinweise fehlen uns jedoch. Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass der Redaktor in seinem "Deutschen Privatrecht" bei der Behandlung des "Neueren Besitzrechts" ganz allgemein davon spricht, dass trotz Rezeption des römischen Rechts u.a. die unbefangene Prüfung der Volksanschauung zur Ueberzeugung nötige, dass die deutschen Rechtsgedanken des Mittelalters nicht ebenso erstorben seien, wie das Wort Gewere²⁰⁶⁾.

Die Annahme eines mehrfachen Besitzes ist aber auch praktisch von Bedeutung. So stehen etwa auch dem Eigentümer, welcher die Sache zu einem persönlichen oder beschränkten dinglichen Recht weggegeben hat, die Rechtsbehelfe des Besitzschutzes zu. Dieser hat natürlich ein eigenes Interesse daran, seine

ihm zugehörige Sache selbst mit den prozessual einfach zu handhabenden Besitzesklagen schützen zu können und nicht auf ein Vorgehen des Fremdbesitzers vertrauen zu müssen. In diesem Sinne kann m.E. auch Ziffer 3 letzter Satz der Erläuterungen BLUNTSCHLI zu § 490 ausgelegt werden.

b) Begriff des ideellen Besitzes

(a) Den Begriff des ideellen Besitzes suchen wir im Gesetzestext des PGB vergebens, es ist in § 502 nur von einem reellen Besitz die Rede. Da die Zürcher Kodifikation in § 518 jedoch dem reellen Besitz *r e c h t* ein ideelles gegenüberstellt, können wir annehmen, dass J.C. BLUNTSCHLI'S Gesetzeswerk auch einen reellen und ideellen *B e s i t z* unterscheidet²⁰⁷⁾. Tatsächlich heisst es denn auch in den Anmerkungen des Gesetzesredaktors zu § 502:

"Da es auch einen *i d e e l l e n* Besitz gibt, der *n o c h n i c h t* zum reellen geworden oder im Augenblick *n i c h t m e h r* damit verbunden ist - jenes ist der Fall auf Seite(n) des gesetzlichen Erben (§ 493) dieses nach der Besitzentsetzung des redlichen Besitzers,...²⁰⁸⁾.

Angesichts dieser Beispiele, die J.C. BLUNTSCHLI für seinen Begriff des ideellen Besitzes anführt, sowie der bisherigen Darlegungen drängt sich der Schluss auf, dass der Gesetzesredaktor hier auf die deutschrechtliche ideelle Gewere zurückgreift²⁰⁹⁾. Der Begriff der *i d e e l l e n* Gewere ist - wie bereits vorn kurz erwähnt²¹⁰⁾ - vom Germanisten Ernst Theodor GAUPP (1796 - 1859) an Stelle des von Wilhelm Eduard ALBRECHT (1800 - 1876) geprägten Begriffes einer *j u r i s t i s c h e n* Gewere vorgeschlagen worden²¹¹⁾. Sowohl die diesbezügliche Schrift GAUPPS als auch diejenige ALBRECHTS werden von J.C. BLUNTSCHLI in seinem "Deutschen Privatrecht" am Ende der Ausführungen zur "Altdeutschen Gewere an Grundstücken" zitiert²¹²⁾. Im Rahmen dieser gewere-

rechtlichen Darlegungen führt nun der Gesetzesredaktor unter Ziffer 4 aus, dass die Gewere "als thatsächliche Herrschaft" wegen ihres Anspruches auf einen gewissen Rechtsschutz "auch den Charakter eines (wenn auch unvollkommenen) Rechtsverhältnisses" habe; und dieses könne nun von der äusseren Erscheinung der Sachherrschaft gelöst werden, mit der Wirkung, dass unter Umständen die Gewere auch jemandem zukommen könne, der gar nicht leiblich (reell) besitze²¹³⁾. Als Beispiel hiefür nennt der Gesetzesredaktor die Gewere des gewaltsam entwerteten Besitzers.

BLUNTSCHLI fährt dann fort, dieser Gedanke habe eine weitere Ausbildung im Gegensatz zwischen ideeller oder juristischer und reeller Gewere gefunden.

Seine Ansicht über das geschilderte besondere Wesen der Gewere überträgt nun BLUNTSCHLI auf den Besitz, was deutlich aus seinen Anmerkungen zu § 493 PGB hervorgeht. So lesen wir dort:

"...; dass der Rechtsschutz, der dem Besitz gewährt wird, diesen zu einem - wenn auch unvollkommenen - Rechtsbegriff erhoben und so zur Anerkennung eines i d e e l l e n Besitzes geführt hat,..."²¹⁴⁾.

Somit muss man also annehmen, dass der ideelle Besitz einen Besitz darstellt, dem das begriffswesentliche Element des reellen, leiblichen Besitzes, das 'corpus', fehlt. Dies wird auch durch die Literatur bestätigt. So bezeichnet etwa Eugen HUBER den ideellen Besitz des PGB als einen solchen, welcher "solo animo retinetur"²¹⁵⁾, und SCHNEIDER sagt in seinem Kommentar zum revPGB von 1887 bezüglich der Frage der Abgrenzung zwischen ideellem und reellem Besitz, dem bloss ideellen Besitze fehle die leibliche Seite gänzlich, auch als Möglichkeit körperlicher Herrschaftsausübung²¹⁶⁾. Dabei ist zu betonen, dass SCHNEIDER bei seiner Umschreibung des ideellen Besitzes von denselben eingangs erwähnten Tatbeständen des ideellen Besitzes auszugehen hatte, und auch der Begriff des reellen Besitzes, der wohl nur auf die §§ 488 - 490 zurückgeführt werden kann, durch die Revision des PGB keine Aenderung erfahren hat.

Wird dem redlichen Besitzer die k ö r p e r l i c h e Herrschaft über eine Sache widerrechtlich entzogen, so verliert er den r e e l l e n Besitz daran²¹⁷⁾. Der Besitz stellt nun aber nach BLUNTSCHLIS Auffassung wegen seines Anspruches auf einen gewissen Rechtsschutz auch ein - wenn auch unvollkommenes - Recht dar. Dieses Recht kann etwa als zumindest vorläufiges unvollkommenes Recht zur tatsächlichen r e e l l e n Herrschaft über eine Sache bezeichnet werden.

Im obigen Beispiel der unerlaubten Besitzentsetzung des redlichen Besitzers kann nun also der Besitz trotz Wegfalls des 'corpus' als blosses Recht zum reellen Besitz, als i d e e l l e r Besitz, weiterleben. Man beachte in diesem Zusammenhang auch die Worte BLUNTSCHLIS zur ideellen Gewere, auf welche - wie erwähnt - der ideelle Besitz des PGB zurückzuführen ist, wonach der ideelle Gewereinhaber "als z u r t h a t s ä c h l i c h e n H e r r s c h a f t b e r e c h t i g t zu schützen (sei)"²¹⁸⁾; und Carl Gustav HOMEYER, dessen Sachsenspiegelausgabe der Zürcher Gesetzesredaktor im Rahmen seiner Ausführungen zur Gewere zitiert, bemerkt, die ideelle Gewere sei das "Recht zum Besitze"²¹⁹⁾.

Wie aus dem eingangs zitierten Kommentar BLUNTSCHLIS zu § 502 hervorgeht, kommt ideeller Besitz im Falle des widerrechtlichen Entzugs des leiblichen Besitzes lediglich dem r e d l i c h e n früheren reellen Besitzer zu. Daraus muss der Schluss gezogen werden, dass der Besitz als zumindest vorläufiges unvollkommenes Recht zur reellen Sachherrschaft bei unredlichen Besitzern mit Verlust des 'corpus' ebenfalls untergeht, so dass ihnen also kein Recht auf zumindest vorläufige Wiedereinräumung der reellen Sachherrschaft zusteht^{219a)}.

Der Erbe, den der Gesetzesredaktor in diesem Zusammenhang ebenfalls erwähnt, erlangt gemäss § 493 PGB unmittelbar mit dem Tode des Erblassers - selbst wenn er von dessen Ableben noch gar nichts weiss - Besitz am Nachlassgut. BLUNTSCHLI folgt hiermit dem deutschrechtlichen Grundsatz des unmittelbaren Besitzübergangs vom Erblasser auf den Erben ("Der Tote erbt den Lebendigen")²²⁰⁾. Auch bei dieser Frage weicht somit das PGB von der Lehre SAVIGNYS bzw. der damaligen Roma-

nistik ab. So sagt etwa Georg Friedrich PUCHTA, einer der bedeutendsten Vertreter der historischen Schule romanistischer Ausprägung²²¹⁾, in einem Aufsatz über Besitz: "Der Erbe succedirt ferner durch den Erwerb des Erbrechtes in die Rechte des Erblassers, aber nicht in den Besitz"²²²⁾.

Hat sich nun nach dem Tode des Erblassers ein Dritter eigenmächtig in den reellen Besitz der Erbschaft gesetzt, so kann sich der Erbe, der noch nie die leibliche Herrschaft innehatte, dem also nur ideeller Besitz zukommt, mit der Begründung in den reellen Besitz einweisen lassen, dass sein ideeller Besitz, sein blosses Recht zur körperlichen Sachgewalt, verletzt worden sei. BLUNTSCHLI selbst spricht hier von einer Verletzung des Besitz r e c h t e s des Erben²²³⁾.

(b) BLUNTSCHLIS Rechtsfigur des ideellen Besitzes des Entwerteten scheint damals - zumindest der Sache nach - nicht neu gewesen zu sein.

Franz FOERSTER schreibt in seinem mehrbändigen Werk zum preussischen Privatrecht, die deutschen Juristen des 16. und 17. Jahrhunderts hätten nicht gezweifelt, dass trotz des Verlustes des natürlichen Besitzes der juristische Besitz 'animo' fort dauern könne²²⁴⁾; und BRUNS führt aus, dass im 16. Jahrhundert die bereits mittelalterliche Idee eines 'possessionem animo retinere' auf den Fall der Besitzentsetzung übertragen worden sei. Daraus sei dann auch der Schluss gezogen worden, dass der Dejierte das 'interdictum uti possidetis', also ein 'interdictum r e t i n e n d a e p o s s e s s i o n i s', anstrengen könne²²⁵⁾. Da der Entwerte somit Besitzer blieb, konnte man in der Vorenthaltung des (reellen) Besitzes durch den Entwerer eine B e s i t z e s s t ö r u n g - und zwar eine besonders qualifizierte - erblicken. Gleichzeitig hatte der seiner unmittelbaren Sachgewalt Entsetzte das selbstverständliche Interesse, den (reellen) Besitz wiederzuerlangen. Hier eignete sich das 'interdictum uti possidetis' trefflich, das zwar einerseits ein Schutzbehelf bei Besitzes s t ö r u n g e n war, andererseits aber eben auch rekuperatorisch zu wirken vermochte.

Rudolf HUEBNER meint in seinem Werk "Grundzüge des Deutschen Privatrechts", dass bereits die italienischen Juristen an der gewererechtlichen Fiktion des Fortbestandes des Besitzes trotz gewaltsamer Entwertung festgehalten hätten²²⁶⁾. Diese Auffassung sei in der Folge mit der Rezeption auch in Deutschland übernommen worden²²⁷⁾.

Es scheint mir nach dem Gesagten gerechtfertigt, zumindest von einem ideellen Besitz des Entwerteten im älteren gemeinen Recht des 16., 17. und 18. Jahrhunderts auszugehen, zumal auch WESENBERG/WESENER einen ideellen Besitz für diese gemeinrechtliche Epoche annehmen, allerdings ohne diesen Begriff näher zu konkretisieren²²⁸⁾.

Otto VON GIERKE²²⁹⁾ sieht nun diese Rechtsfigur stillschweigend auch im allgemeinen preussischen Landrecht verwirklicht, und zwar in I.7.§ 122:

"Wenn ein Anderer den Besitz einer aus der Gewahrsam des vorigen Besitzers gekommenen Sache auf eine fehlerfreie Art (§96-108) ergriffen hat; so hört der vorige Besitz auf".

'E contrario' ergibt sich aus dieser Bestimmung, dass "der vorige Besitz" dann nicht verloren geht, wenn die genannte neue Besitzergreifung eine fehlerhafte ist, worunter etwa eine gewaltsame zu begreifen ist²³⁰⁾.

Den Gesetzesmaterialien zur preussischen Kodifikation ist nun zu entnehmen, dass in diese Regel die Auffassung von Carl Gottlieb SVAREZ eingeflossen ist, der sich während der Vorarbeiten zum ALR wie folgt geäußert hat:

"...es sind Fälle möglich, dass ich die Gewahrsam einer Sache dergestalt verloren haben kann, dass es mir nicht mehr möglich ist, darüber zu disponieren, und doch habe ich den Besitz noch nicht verloren, z.E. die mir von einem unbekannten Spitzbuben gestohlene Uhr"²³¹⁾.

Wie das PGB nimmt also auch das ALR eine Fortdauer des Besitzes trotz widerrechtlichen Entzugs der realen Sachherrschaft an. Allerdings besitzt der Dieb nach ALR gegenüber dem Bestohlenen nicht, sondern lediglich gegenüber Dritten²³²⁾. Hierin unterscheidet sich die preussische Kodifikation somit vom PGB, wie dies aus den Erläuterungen BLUNTSCHLIS zu § 502 PB hervorgeht.

(c) Die Annahme eines ideellen Besitzes im PGB ist bereits zu BLUNTSCHLIS Zeiten m.E. zu Recht angefochten worden. So spricht etwa MITTERMAIER in einem Aufsatz über "die neuesten Gesetzgebungsarbeiten auf dem Gebiete der Civilgesetzgebung"²²³⁾, in welchem er auch den Entwurf zum PGB einer Kritik unterzieht, von einer rein wissenschaftlich ersonnenen unklaren Unterscheidung zwischen reellem und ideellem Besitz und erachtet sie für ein Gesetz als nicht zweckmässig. Der bereits erwähnte Kommentator des revPGB, SCHNEIDER, schreibt, er könne einem sogenannten "ideellen" Besitz keinen Geschmack abgewinnen, nachdem ja bestimmt worden sei, dass zu jedem Besitz neben 'animus' auch 'corpus' gehöre²³⁴⁾. In unserem Jahrhundert hat dann vor allem Iso KELLER die Unterscheidung zwischen reellem und ideellem Besitz als eine unnötige kritisiert²³⁵⁾.

Im folgenden soll versucht werden zu zeigen, dass eine befriedigende Regelung des Besitzes im PGB auch ohne den Begriff des ideellen Besitzes möglich gewesen wäre.

Der redliche Besitzer, welcher seines (reellen) Besitzes gewaltsam entsetzt worden ist und nun also ideellen Besitz hat, kann sich nach dem PGB nicht einfach auf seinen früheren reellen und jetzigen ideellen Besitz berufen, um seine unmittelbare Sachherrschaft wieder zu erlangen. Es ist nach § 502 vielmehr gerade so, dass der reelle Besitzer dem ideellen vorgezogen wird. Der Letztgenannte kann nur dann wieder in den Genuss des reellen Besitzes gelangen, wenn er nachweist, dass ihm der Streitgegner die Sache widerrechtlich entzogen hat oder dieser den Besitz mit Wissen um die betreffende Entwertung ergriffen hat (§§ 502, 505, 507 PGB).

Das PGB erreicht also mit der Annahme eines ideellen Besitzes keinen besseren Schutz des seiner Sachgewalt entsetzten Besitzers als etwa das schweizerische ZGB, dem diese Rechtsfigur fremd ist.

Aber auch hinsichtlich des Erben erscheint der Begriff eines ideellen Besitzes überflüssig. Der Erbe wird gemäss § 493 PGB unmittelbar mit dem Tode des Erblassers **B e s i t z e r** des Nachlassgutes. Als solcher stehen ihm die entsprechenden Schutzbehelfe gegen Störung und Entziehung zu. Ist nun bereits der Erblasser kurz vor seinem Ableben aus seinem Besitz verdrängt worden, so geht auf die Erben - verzichtet man auf die Figur des ideellen Besitzes - kein Besitz über. Dem Erblasser stand jedoch nach seiner Entwerung die Restitutionsklage gemäss § 505 PGB zu, die nun vererbt wird. J.C. BLUNTSCHLI sagte anlässlich der Beratungen der GRK zu § 819 des Entwurfes, welcher § 493 PGB entspricht, selbst, "dass die Erben mit dem Tode des Erblassers ohne weiteres **i n a l l e V e r h ä l t n i s s e** desselben eintreten, demnach soweit irgendwelche Verhältnisse eine juristische Bedeutung haben, die Erben dieselben ohne weiteres geltend machen können"²³⁶).

BLUNTSCHLI hätte somit - wie angetönt - auf den fragwürdigen Begriff eines ideellen Besitzes verzichten können, ohne dass das Gesetz darunter gelitten hätte; es hätte m.E. im Gegenteil durch den Wegfall dieser Differenzierung zwischen reellem und ideellem Besitz an unnötigem Ballast verloren und an Klarheit gewonnen.

B.) Besitzesschutz

a) "Redlichkeit des Besitzes" als Voraussetzung für einen umfassenden Besitzesschutz

(a) Umfassenden Besitzesschutz lässt das Zürcher Privatrechtliche Gesetzbuch nur dem **r e d l i c h e n** Besitzer zukommen. Im folgenden ist daher zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen ein Besitz als redlicher gilt. Das Gesetz ent-

hält in § 497 eine Legaldefinition des redlichen Besitzes und zwar folgenden Wortlautes:

"Der r e d l i c h e Besitz setzt voraus, dass der Besitzer die Besitzergreifung nicht als eine unrechtmässige gekannt habe"²³⁷⁾.

Diese Begriffsbestimmung ruft sogleich der neuen Frage, was unter einer u n r e c h t m ä s s i g e n B e s i t z e r g r e i f u n g zu verstehen ist. In § 495 PGB ist festgelegt, welcher Besitz als r e c h t m ä s s i g e r anzusprechen ist. Es heisst dort, ein derart qualifizierter Besitz setze zum einen eine fehlerfreie Besitzergreifung, zum anderen einen "auf Besitzerwerb gerichteten und dafür tauglichen Rechtsgrund" voraus.

Wenden wir uns zuerst dem Erfordernis einer fehlerfreien Besitzergreifung zu. Wann eine solche vorliegt, ist aus § 494 PGB zu gewinnen, wo bestimmt ist, unter welchen Voraussetzungen der Besitz als f e h l e r h a f t e r zu qualifizieren ist²³⁸⁾. Aus dieser Norm kann geschlossen werden, dass die Besitzergreifung dann eine f e h l e r f r e i e ist, wenn die (geschützte) tatsächliche Sachherrschaft weder mittels Gewalt oder Arglist noch durch Anmassung einer Besitzer- bzw. Eigenbesitzerstellung durch den blossen Detentor bzw. Fremdbesitzer²³⁹⁾ erlangt worden ist.

Bezüglich des Rechtsgrundes oder Rechtstitels heisst es vorerst einmal, dass dieser einfach auf B e s i t z e r w e r b g e r i c h t e t sein müsse. Somit genügt diesbezüglich etwa - wie dies auch aus den Erläuterungen BLUNTSCHLIS zu § 495 hervorgeht - das Vorliegen eines Mietvertrages, wird doch damit gerade die Einräumung von Besitz (Mietebesitz) zum Zwecke des Sachgebrauchs angestrebt.

Johann Jakob RUETTIMANN²⁴⁰⁾ hat allerdings die Meinung vertreten, in § 495 müsse es richtigerweise lauten: "einen auf E i g e n t h u m s e r w e r b gerichteten (...) Rechtsgrund", obgleich ihm nicht entgangen ist, dass der zürcherische Gesetzesredaktor ausdrücklich einen lediglich auf B e s i t z e r w e r b gerichteten Titel fordert²⁴¹⁾. Es scheint ihm dies

jedoch eine "Vermischung ganz ungleichartiger Verhältnisse, geeignet, Verwirrung zu erzeugen". Dieser Auffassung kann m.E. nach Durchsicht der diesbezüglichen Stellen im Gesetz und der entsprechenden Erläuterungen BLUNTSCHLIS nicht gefolgt werden.

In § 516 PGB, der von der publizianischen Klage handelt, findet sich der Begriff "rechtmässiger Besitz". Hier wird aber sowohl im Gesetzestext als auch in den Erläuterungen²⁴²⁾ deutlich gemacht, dass in diesem Zusammenhang nur derjenige rechtmässige Besitzer, dessen Sachherrschaft auf einem "a u f D i n g l i c h k e i t g e r i c h t e t e n (...) R e c h t s g r u n d" beruht, die publizianische Klage, welche eine dingliche Klage ist, anstrengen kann. Im weiteren taucht der Begriff des "rechtmässigen Besitzes" bei der E r s i t z u n g auf. Da die diesbezüglichen Bestimmungen des PGB (§§ 642 - 645) im dritten Kapitel des dritten Abschnittes über Erwerb und Verlust von F a h r n i s e i g e n t u m festgehalten sind, wird wiederum klar, dass hier nur der rechtmässige Besitzer gemeint sein kann, dessen Sachgewalt auf einem a u f E i g e n t u m s e r w e r b g e r i c h t e t e n R e c h t s g r u n d beruht. Der Rechtstitel muss nach § 495 PGB zudem für den betreffenden Besitzerwerb, auf den er gerichtet ist, t a u g l i c h sein. Darunter kann nur verstanden werden, dass der rechtmässige Besitz einen gültigen Rechtsgrund, 'iustus titulus', voraussetzt²⁴³⁾. Als solche Rechtsgründe nennt BLUNTSCHLI etwa Kauf, Schenkung, aber auch Zueignung herrenloser Sachen für den Erwerb von Eigenbesitz oder Verpfändung für die Erlangung von Pfandbesitz²⁴⁴⁾.

(b) Die Unterscheidung zwischen rechtmässigem und unrechtmässigem Besitz treffen auch bereits die beiden Vernunftrechtskodifikationen, das ALR und das ABGB. Auch dort wird - wie im zürcherischen Gesetzeswerk - die Rechtmässigkeit vom Vorhandensein eines gültigen Rechtstitels abhängig gemacht, wobei jedoch das österreichische ABGB als gültigen Titel nur einen solchen betrachtet, der einen gültigen Rechtsgrund für die Uebertragung bzw. Erlangung von E i g e n t u m

darstellt²⁴⁵⁾. Es ist angesichts des Umstandes, dass RUETTIMANN in seiner Abhandlung zum Besitz auch die Regelung des ABGB heranzieht, durchaus denkbar, dass die vorne erwähnte Kritik RUETTIMANNS an § 495 PGB gerade von daher beeinflusst ist²⁴⁶⁾.

Anders als das ABGB versteht demgegenüber das preussische Landrecht unter "Titel" im Sinne von I.7.§ 10 "entweder die Erwerbsgründe des Eigentums oder der Gebrauchs- und Nutzungsrechte"²⁴⁷⁾.

Kehren wir nun zu unserer eingangs gestellten Frage nach den Voraussetzungen für das Vorliegen eines redlichen Besitzes zurück, so muss nach dem Geschilderten gesagt werden, dass ein Besitz nach dem Zürcher PGB dann als redlich gilt, wenn dessen Erwerber - im Zeitpunkt der fehlerfreien Ergreifung der Sachherrschaft - in guten Treuen annimmt und auch annehmen darf²⁴⁸⁾, sein Besitz beruhe auf einem gültigen Rechtstitel. Ganz ähnlich bestimmt nun auch das preussische Landrecht in I.7.§ 11 seinen Begriff des redlichen Besitzes:

"Wer es weiss, dass er aus keinem gültigen Titel besitze, der heisst ein unredlicher Besitzer".

Hier, bzw. am Wortlaut von Abs. 1 des § 355 des bernischen Zivilgesetzbuches von 1824 - 1831, welcher lautet:

"Der Besitzer, welcher keinen Grund hat, an der Rechtmässigkeit seines Titels zu zweifeln, ist ein redlicher und derjenige, welcher die Unrechtmässigkeit seines Titels kennt, ein unredlicher Besitzer",

setzt nun aber die Kritik Johann Jakob RUETTIMANNS ein²⁴⁹⁾. Er stellt zuerst fest, dass unter dem Ausdruck "Rechtmässigkeit" des Titels zweifellos nur "Gültigkeit" des Titels verstanden werden könne. Dann fährt er folgerichtig fort, dass demgemäss jemand, der eine Sache zwar gestützt auf einen

gültigen Rechtstitel, aber wissentlich von einem Nichteigentümer gekauft und erworben habe, gleichwohl als redlicher Besitzer anzusprechen sei. Die zürcherische Begriffsumschreibung leide "an dem ganz gleichen Gebrechen wie die Bernische" und so komme man dann auch zu dem scheinbar logischen Schluss, den J.C. BLUNTSCHLI in seinen Anmerkungen zu § 495 ziehe, "dass nämlich der rechtmässige Besitz immer zugleich ein redlicher, aber nicht jeder redliche Besitz auch ein rechtmässiger sei"²⁵⁰).

Nun lesen wir jedoch etwa in Ziffer 2 von BLUNTSCHLIS Anmerkungen zu § 642 PGB, wo die Fahrnisersitzung gesetzlichen Niederschlag gefunden hat:

"Wenn der anfangs redlich erworbene Besitz aufhört, ein redlicher zu sein, d.h. wenn der bisher redliche Besitzer, nachdem er erfahren hat, dass die Sache einem Andern gehört, sie diesem widerrechtlich vorenthält..."

Dabei verweist BLUNTSCHLI für den Begriff des redlichen Besitzes ausdrücklich auf das Besitzrecht.

Aus den zitierten Zeilen ergibt sich somit, dass derjenige Besitzer, welcher eine Sache innehat, von der er weiss, dass sie einem Andern gehört und er sie diesem zurückzugeben hätte, als unredlicher Besitzer qualifiziert wird. Führt man sich zudem die Beispiele vor Augen, die der Gesetzesredaktor in seinen Erläuterungen zum redlichen Besitz (§ 497) nennt, so muss man m.E. zum Schluss kommen, dass J.C. BLUNTSCHLI redlichen Besitz erst dann annimmt, wenn der Besitzer in guten Treuen annehmen darf, sein Besitz beruhe auf dem von ihm angestrebten dinglichen oder persönlichen Recht. In dem Sinne hat es denn auch das österreichische ABGB unter dem Titel "redlicher und unredlicher Besitzer" formuliert:

"Wer aus wahrscheinlichen Gründen die Sache, die er besitzt, für die seinige hält, ist ein rechtlicher (recte: redlicher²⁵¹) Besitzer" (§ 326 ABGB).

Der Käufer, welcher gestützt auf einen gültigen Vertrag vom Veräusserer Eigenbesitz an einer Sache erworben hat, von der er weiss, dass sie im Eigentum eines Dritten steht, vom fehlenden Eigentum des Veräusserers mithin Kenntnis hatte, wird demnach von BLUNTCHLI als unredlicher Besitzer qualifiziert. Dies bedeutet nun aber, dass der Käufer zugleich als unrechtmässiger Besitzer betrachtet werden müsste. Denn es ist ja seiner Auffassung nach nicht möglich, unredlicher und rechtmässiger Besitzer zugleich zu sein. Warum sollte nun jedoch in unserem Beispiel der Erwerber und jetzige Besitzer nicht ein rechtmässiger sein? Seiner Sachherrschaft liegt ein gültiger Rechtstitel zugrunde. Er hat die Sache mit vollem Willen seitens des Veräusserers erlangt, und dieser will sie auch nicht mehr zurück, denn er hat sie ja verkauft. Möglicherweise erblickte eben BLUNTCHLI im hier interessierenden Fall eine Art *f e h l e r h a f t e n* Besitzererwerbs, was natürlich - wie wir gesehen haben - die Rechtmässigkeit des Besitzes hindern würde. In den Erläuterungen zu § 494 PGB heisst es, bei den dort genannten Fällen fehlerhafter Besitzergreifung sei zwar ein Besitzwille vorhanden, jedoch ein fehlerhafter. Nun scheint es vertretbar, einen solchen Willen auch im geschilderten Kauffall anzunehmen. Wie ein Dieb missachtet auch derjenige, der wissentlich vom Nichteigentümer käuflich Eigenbesitz erwirbt, *b e w u s s t* das Recht des Eigentümers zum Besitz²⁵²⁾. Der Besitz des Diebes ist aber zweifellos ein fehlerhafter, und somit ein unrechtmässiger²⁵³⁾.

An dieser Stelle möchte ich noch auf einen Fall hinweisen, welcher der "Civilabtheilung" des damaligen Obergerichtes des Kantons Zürich zur Entscheidung vorlag. Das Gericht hatte sich hier gerade mit der Frage der Fehlerhaftigkeit, Rechtmässigkeit und Redlichkeit eines Besitzes zu befassen. Dem betreffenden "Rekursalbescheid" vom 12. September 1854 in Sachen Armenpflege Töss²⁵⁴⁾ - wie es in der massgebenden Quelle heisst - lag zwar nicht der erwähnte wissentliche Kauf vom Nichtberechtigten zugrunde; gleichwohl erscheint

mir der Fall allein schon zur Illustration interessant. Gemäss Sachverhaltsschilderung behändigte die genannte Gemeinde-armenpflege Töss nach dem Tode einer von ihr unterstützten Frau das hinterlassene Doppelbett der Verstorbenen. Dies tat sie, zwecks "theilweiser Schadloshaltung" für gewährte Alimente, gestützt auf § 20 des Gesetzes über das Armenwesen vom 28. Brachmonat 1853. Dagegen wehrten sich die Kinder der Toten und verlangten Herausgabe des fraglichen Objektes. Das Obergericht zog in Erwägung, dass § 20 des zitierten Gesetzes der Armenpflege bloss einen Rechtstitel zur Verfügung stelle, gestützt worauf gegen die Erben der Unterstützten eine Forderung auf Auslagenersatz oder Ueberlassung des betreffenden Nachlasses geltend gemacht werden könne. Nach § 496 PGB, auf den in den Erläuterungen BLUNTSCHLIS zu § 494 (fehlerhafter Besitz)²⁵⁵⁾ verwiesen wird und sich das Obergericht vorliegend berief, darf nun aber auch derjenige, welcher einen gültigen Titel zur Besitzerlangung hat, diesen nicht gegen den Willen des gegenwärtigen (geschützten) Sachinhabers gewaltsam selbst vollziehen, sondern bedarf dazu notfalls der richterlichen Hilfe. Da jedoch die Besitzergreifung der Armenbehörde eigenmächtig und gegen den Willen der Erben erfolgte, erachtete das Obergericht in casu den Besitzerwerb als "keine(n) ganz fehlerfreie(n)" und verneinte demzufolge die Rechtmässigkeit des Besitzes. Weil die Armenpflege nach Auffassung des Gerichtes jedoch glaubte, "lediglich von dem ihr durch § 20 des Armengesetzes eingeräumten Rechte Gebrauch zu machen", wurde ihr Besitz gleichwohl als redlicher betrachtet.

An diesem Entscheid fällt etwa auf, wie extensiv das Gericht hier offenbar den Ausdruck "gewaltsam" ausgelegt hat. Zudem lässt sich folgendes sagen: Wurde also selbst im vorliegenden Fall die Besitzergreifung vom Obergericht als fehlerhafte (oder zumindest eben als "keine ganz fehlerfreie") qualifiziert, so liegt wohl der Schluss nicht ganz ferne, dass es auch beim hier v.a. interessierenden wissentlichen Kauf vom Nichteigentümer den Eigenbesitzerwerb des Käufers als einen fehlerhaften (oder wenigstens als einen nicht fehlerfreien) betrachtet hätte.

Abschliessend sei hier zur Begriffsumschreibung des redlichen Besitzes festgehalten, dass es m.E. der grösseren Klarheit des Gesetzes gedient hätte, wenn BLUNTCHLI den Begriff des redlichen Besitzes vollständig von demjenigen des rechtmässigen gelöst und eine Formulierung gewählt hätte, wonach derjenige ein gutgläubiger Besitzer heisse, welcher in guten Treuen annehmen darf, seinem Besitz liege das von ihm angestrebte dingliche oder obligatorische Recht zugrunde. Auf diese Weise hätte die an sich berechnigte Kritik RUETTIMANN'S mit Sicherheit vermieden werden können.

(d) Redlich muss nach § 497 PGB die Besitz e r g r e i f u n g sein. Hegt der Besitzer erst im nachhinein Zweifel an der Gültigkeit des Rechtstitels, oder etwa daran, an der käuflich erworbenen und in Besitz genommenen Sache Eigentum erlangt zu haben, so schadet ihm dies nicht²⁵⁶⁾. Er bleibt selbst dann ein gutgläubiger Besitzer, wenn die genannten Zweifel eine redliche Besitzergreifung gehindert hätten²⁵⁷⁾. Erlangt der Besitzer dagegen nachträglich genaue Kenntnis von den Mängeln seiner Besitzergreifung, verbleibt er aber dennoch grundlos in seinem Besitz, so wird dies seinem redlichen Besitz gestützt auf § 499 PGB abträglich. BLUNTCHLI beruft sich dabei in seinem Kommentar auf I.7. § 17 des allgemeinen preussischen Landrechtes, wo es heisst:

"Von dem Zeitpunkte aber, da jemand von der Unrechtmässigkeit seines Besitzes überführt worden, ist er für einen unredlichen Besitzer zu achten"²⁵⁸⁾.

Dass eben nur derjenige, welcher i n g u t e n T r e u e n seinen Rechtsgrund für gültig oder sich für berechnigt halten durfte, als redlicher Besitzer angesprochen werden kann, wird in § 498 PGB - in unverkennbarer Anlehnung an das ALR - formuliert:

"Wer schon zur Zeit der Besitzergreifung auch bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit Ursache hatte, an der Gültigkeit seines Titels zu zweifeln, wird, insofern er sich den unrechtmässigen Besitz ohne weitere Prüfung aneignet, nicht als ein redlicher Besitzer behandelt"²⁵⁹).

(e) Die geschilderte Redlichkeit des Besitzes wird nach § 500 PGB vermutet, nicht jedoch die Rechtmässigkeit. Damit stellt sich die zürcherische Kodifikation in Gegensatz sowohl zum preussischen Landrecht als auch zum österreichischen ABGB, welche beide eine Vermutung für die Rechtmässigkeit des Besitzes kennen²⁶⁰). Nach J.C. BLUNTSCHLI geht dies aber zu weit. Er schreibt in seinem Kommentar zu § 500:

"Jedermann hat ein natürliches Recht darauf, für redlich gehalten zu werden, wenn nicht Gründe für die Unredlichkeit vorliegen; aber es gibt keinen natürlichen Grund dafür, einen bestimmten Rechtstitel, z.B. einen Kaufvertrag zu vermuthen, wenn dafür nichts vorliegt".

(f) Kehren wir zum Anfang unserer Erörterungen über den redlichen Besitz zurück, wo wir festgestellt haben, dass eben nur eine derartige Sachherrschaft dem Besitzer umfassenden Schutz verschafft. Dies äussert sich in der zürcherischen Kodifikation einmal dadurch, dass a l l e i n der redliche Besitzer bei widerrechtlicher Entwerung auf Restitution klagen kann (§ 505 PGB)²⁶¹). Der gute Glaube des Besitzers bildet also Voraussetzung für die Aktivlegitimation. Im weiteren kann lediglich der redliche Besitzer gegen j e g l i c h e A r t e n von Störungen Schutz beanspruchen²⁶²).

Mit einer solchen Regelung steht BLUNTSCHLIS Gesetzbuch - werfen wir wiederum einen Blick auf SAVIGNYS Besitzlehre sowie auf die entsprechenden Bestimmungen der beiden Vernunftrechtskodifikationen - alleine da.

Friedrich Carl VON SAVIGNY setzt lediglich das Vorliegen sogenannter "juristischer 'possessio'" ('possessio ad interdicta') voraus²⁶³). Die Art und Weise wie dieser "juristische 'possessor'" zu seiner Sachgewalt gekommen ist, spielt für die Frage der Aktivlegitimation keine Rolle. § 399 des österreichischen ABGB lässt jedem Besitz, "mag (er) von was immer für einer Beschaffenheit seyn", gerichtlichen Schutz gegen eigenmächtige Störung zukommen; und auch bei widerrechtlicher Entsetzung steht j e d e m Besitzer die Restitutionsklage zu²⁶⁴). Noch weiter geht das preussische Landrecht, welches - unter Heranziehung der entsprechenden Anschauung des 'usus modernus'²⁶⁵) - auch einen possessorischen Schutz des blossen Inhabers (Detentor) vorsieht²⁶⁶). Von dem Erfordernis eines gutgläubigen Besitzes spricht also auch das ALR nicht.

Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass nach dem ALR der Beklagte gegen den Kläger die Einrede erheben kann, dieser habe seinen Besitz von ihm, dem Beklagten, fehlerhaft erworben²⁶⁷), mit der Folge, dass der Beklagte im fraglichen Besitzesschutzverfahren obsiegt. Auch nach SAVIGNY steht beim Prozess infolge Besitzesstörungen dem Beklagten die genannte 'exceptio vitiosae possessionis (ab adversario)' zu²⁶⁸). Beim 'interdictum unde vi', dem bedeutendsten Rechtsbehelf bei Besitzesentzug, weist SAVIGNY daraufhin, dass das "alte Recht" auch hier eine solche 'exceptio vitiosae possessionis' gekannt habe, JUSTINIAN diese Einrede jedoch in der Folge verworfen habe²⁶⁹).

Dieser letzteren Auffassung JUSTINIANS scheint nun schon SAVIGNY zu folgen, bestimmt dann aber etwa PUCHTA²⁷⁰), Friedrich Ludwig VON KELLER²⁷¹), und endlich auch Bernhard WINDSCHEID²⁷²).

Entgegen der Lösung BLUNTSCHLIS setzt jedoch das Klagerecht a l s s o l c h e s im ALR und bei SAVIGNY in allen Fällen bloss Besitz voraus, ohne irgendwelche Rücksicht auf dessen Qualität. Zudem kann der redliche Besitz im Sinne von § 497 PGB nicht dem fehlerfreien Besitz gleichgestellt werden,

wie er hier im Besitzrecht des preussischen Landrechts sowie in SAVIGNYS "civilistischer Abhandlung" verstanden wird.

b) Besitzesschutz bei Störung des Besitzes

(a) J e d e r B e s i t z e r - auch etwa ein Dieb - ist berechtigt, seine Sachherrschaft "gegen unbefugte Gewalt oder eine Beeinträchtigung, die ein Vergehen begründet, zu verteidigen und dafür auch gerichtlichen Schutz zu begehren" (§ 501 PGB). Ueberdies hat der r e d l i c h e B e s i t z e r das Recht, "gegen j e d e e i g e n m ä c h t i g e, wenn auch nur theilweise Störung seines Besitzes, selbst wenn darin kein Vergehen liegt", gerichtlichen Schutz anzusprechen (§ 503 PGB). Hier zeigt sich nun also die konkrete Anwendung des vorn unter lit. a) dargelegten Grundsatzes des PGB, wonach nur dem r e d l i c h e n Besitzer umfassender Schutz zukommen soll. Der unredliche Besitzer hat demnach gewisse Eingriffe in seinen Besitz zu dulden und kann bloss massiven Störungen entgegentreten.

Entscheidend ist in diesem Zusammenhang somit die Frage, wann eine Besitzesstörung "unbefugte Gewalt oder eine Beeinträchtigung, die ein Vergehen begründet", darstellt. Diese vage, sehr offen gehaltene gesetzliche Tatbestandsumschreibung findet jedoch weder in den Erläuterungen BLUNTSCHLIS zu § 501 noch im Protokoll der Beratungen der Gesetzesrevisionskommission zu dieser Bestimmung eine spezifische Konkretisierung. Es wird an diesen Stellen - ebenfalls sehr offen - von "verbrecherischer thatsächlicher Verletzung"²⁷³⁾ oder von "förmlichem Unrecht"²⁷⁴⁾ gesprochen. Geht man vom reinen Wortlaut aller dieser Umschreibungen aus und berücksichtigt man vor allem, dass nur bei diesen Besitzesstörungen s e l b s t h i l f e w e i s e s V o r g e h e n erlaubt ist²⁷⁵⁾, drängt sich der Schluss auf, dass hier Eingriffe in den Besitz gemeint sind, die den jeweiligen Besitzesstand des Gestörten u n m i t t e l b a r gefährden. Es ist etwa an Diebstahls- oder Raubversuche, aber auch an die gewaltsame Selbsthilfe eines früheren Besitzers zu denken²⁷⁶⁾.

Die Erwähnung der Möglichkeit, gegen derartige Störungen gerichtlichen Schutz zu verlangen (§ 501 in fine), findet ihren Sinn h i e r wohl v.a. darin, dass der Gestörte nach erfolgreicher Verteidigung seines Besitzes klageweise verlangen kann, der Störer sei richterlich anzuweisen, künftige Eingriffe in den Besitz des Klägers zu unterlassen und einen bereits entstandenen Schaden zu ersetzen. Besteht die Gefahr, dass sich der Störer dem gerichtlichen Unterlassungsbefehl widersetzen wird, kann dieser verpflichtet werden, den Gestörten mittels Kautions sicherzustellen (§ 504 PGB).

Ein Selbsthilferecht des Besitzers ist für die österreichische Kodifikation in § 344 ABGB unter dem Titel: "Rechtsmittel zur Erhaltung des Besitzstandes: a) bey dringender Gefahr" normiert. Diese Bestimmung sieht vor, dass der Besitzer berechtigt sei, "in dem Falle, dass die richterliche Hülfe zu spät kommen würde, Gewalt mit angemessener Gewalt abzutreiben". Sinngemäss gleich lautet diesbezüglich I.7.§ 142 des ALR, wonach jeder Inhaber und Besitzer berechtigt sei, "Gewalt mit Gewalt abzuwehren, wenn die Hülfe des Staats zu spät kommen würde, einen unersetzlichen Verlust abzuwenden".

(b) "Eigenmächtige Störungen" des Besitzes im Sinne von § 503 liegen nach BLUNTSCHLI etwa dann vor, wenn jemand, ohne dazu befugt zu sein, über des Nachbarn Grundstück geht²⁷⁷). Weil derartige Eingriffe in die geschützte Sachherrschaft den Besitzstand nicht unmittelbar gefährden, sieht das PGB hier lediglich die Anrufung gerichtlichen Schutzes vor.

Da gegen Störungen vorliegender Art nur der r e d l i c h e Besitzer vorzugehen berechtigt ist, hat somit der bösgläubige Besitzer - wie bereits angetönt - solche Beeinträchtigungen seines Besitzes zu dulden.

(c) Die Regelung des PGB, wonach nur dem redlichen Besitzer umfassender Schutz seiner Sachgewalt gegen Störungen zukommt, ist m.E. nicht als eine besonders glückliche zu bezeichnen. In seinem Kommentar zu § 501 schreibt BLUNTSCHLI, die tatsächliche Ordnung solle auch im unredlichen Besitz "um ihres

Bestandes und des gemeinen Friedens willen" gegen eine verbrecherische tatsächliche Verletzung gesichert sein²⁷⁸⁾. Der Besitzeschutz hat also nach Auffassung des Gesetzesredaktors zumindest auch die Funktion der Friedenssicherung. Gerade fortwährende kleinere Beeinträchtigungen können nun jedoch wohl genauso wie einzelne massive Störungen zu Eskalationen führen und so den "gemeinen Frieden" stören. Es scheint zudem auch wenig gerechtfertigt, dass ein rücksichtsloser Dritter, der den Besitz eines unredlichen Besitzers dauernd stört und dessen Verhalten im Vergleich zu demjenigen des Letztgenannten kaum weniger tadelnswert ist, in einem Besitzprozess obsiegen soll, nur weil er geltend machen und nachweisen kann, dass der gegenwärtige Besitzer kein redlicher ist. Durch Vermeidung einer Differenzierung zwischen Störungen, gegen die jeglicher Besitzer vorgehen kann, und solchen, denen nur der redliche Besitzer entgegenzutreten befugt ist, hätte zudem auch die gesetzliche Regelung des Besitzeschutzes vereinfacht werden können. Iso KELLER spricht also diesbezüglich zu Recht von einem kompliziert geregelten Besitzeschutz des PGB²⁷⁹⁾.

(d) Besitzeschutz bei Störung des Besitzes ist Schutz gegenwärtig bestehenden Besitzes. Nun kann aber aufgrund des Zürcher Privatrechtlichen Gesetzbuches streitig sein, wer gegenwärtiger Besitzer einer Sache ist. Der Grund hiefür liegt darin, dass BLUNTSCHLIS Kodifikation - wie wir gesehen haben - in gewissen Fällen einen ideellen Besitz anerkennt, der gleichzeitig mit einem reellen Besitz an ein und derselben Sache bestehen kann²⁸⁰⁾.

Aus diesem Umstand erklärt sich die Regel von § 502 PGB, die folgenden Wortlaut hat:

"Ist es streitig, welche Partei als gegenwärtiger Besitzer zu betrachten sei, so wird vorläufig dem der Vorzug gegeben, welcher zur Zeit den reellen Besitz hat, wenn nicht vorliegt, dass er auf widerrechtliche Weise die Gegenpartei aus dem Besitze verdrängt habe".

Es ergibt sich somit aus dem Gesetzeswortlaut, dass der Richter in derartigen Streitfällen dem momentanen reellen Besitzer vorläufig die unmittelbare Ausübung seiner Sachgewalt belässt. Dies ist allerdings nur dann der Fall, wenn der momentane ideelle Besitzer nicht darzutun vermag, dass ihn der gegenwärtige reelle Besitzer aus seinem einstigen leiblichen Besitz v e r d r ä n g t hat. Nun kann aber der Erbe, welcher bloss ideellen Besitz hat, weil er noch nie reellen Besitz am Nachlassgut erworben hat, dessen sich nach dem Tode des Erblassers ein Dritter bemächtigt hat, nicht einwenden, er sei aus dem reellen Besitz v e r d r ä n g t worden; der leibliche Besitz wird ihm lediglich widerrechtlich, d.h. unter Verletzung seines Rechtes zum Besitz v o r e n t h a l t e n. Da J.C. BLUNTSCHLI in den Erläuterungen zu § 502 den ideellen Besitz des Erben jedoch ausdrücklich erwähnt - ohne allerdings auf das geschilderte Problem einzutreten -, ist es wohl kaum zweifelhaft, dass trotz des zu engen Gesetzeswortlautes nicht nur der tatsächlich Entwerte, sondern eben auch der Erbe, welcher eigentlich nicht aus dem reellen Besitz verdrängt worden ist, erfolgreich die Einrede der widerrechtlichen Besitzergreifung des gegenwärtigen reellen Besitzers erheben kann²⁸¹⁾.

Die Tatsache widerrechtlicher Besitzerlangung muss - wie eben angetönt - einredeweise geltend gemacht und s o f o r t nachgewiesen werden können²⁸²⁾. Gelingt dies dem ideellen Besitzer, so weist der Richter den reellen Besitzer unverzüglich an, jenem die unmittelbare Sachherrschaft einzuräumen²⁸³⁾.

Albert SCHNEIDER sieht in § 78 des revidierten Privatrechtlichen Gesetzbuches von 1887, der unserem § 502 - von redaktionellen Aenderungen abgesehen - vollauf entspricht, zu Recht das Prinzip des 'possessorium summarium' (wohl besser des 'summarissimum' in seiner Ausgestaltung gegen Ende des 18. Jahrhunderts) verwirklicht²⁸⁴⁾. Geschützt wird derjenige, welcher die jüngsten tatsächlichen Besitzeshandlungen vorzuweisen hat, also der reelle Besitzer. Eine 'exceptio vitiosae possessionis' ist zulässig, muss jedoch unverweilt vorgebracht und nachgewiesen werden. Gelingt dies, kommt es zur sofortigen Besitzeinweisung zugunsten des ideellen Besitzers.

c) Besitzesschutz bei Entziehung des Besitzes

(a) Die hier interessierende Bestimmung von § 505 lautet:

"Ist der redliche Besitzer auf widerrechtliche Weise (durch Gewalt oder List oder Missbrauch einer Vergünstigung) aus dem Besitze verdrängt worden, so ist er berechtigt, dem, welcher ihn verdrängt hat, und dessen Erben gegenüber Wiederherstellung des Besitzes und Schadenersatz zu verlangen".

Wie bereits erwähnt worden ist²⁸⁵⁾, steht also das Recht, gegenüber gewaltsamer Besitzentsetzung gerichtlich Restitution zu verlangen, bloss dem r e d l i c h e n Besitzer zu. Dieser muss auf w i d e r r e c h t l i c h e Weise aus seiner Sachherrschaft verdrängt worden sein, d.h. - wie sich aus § 505 selbst ergibt - entweder durch Gewalt oder List oder dadurch, dass ein blosser Detentor oder ein Fremdbesitzer sich plötzlich Eigenbesitz anmasst.

Deutlich fällt hier bei der Umschreibung der Art und Weise des Besitzesentzuges die Anlehnung an das römische 'vi, clam vel precario' auf. BLUNTSCHLI setzt denn auch in seinen Erläuterungen zu § 505 hinter den Ausdruck "Gewalt" in Klammern das lateinische 'vi' und hinter "List" lesen wir 'clandestina possessio'²⁸⁶⁾. Was das 'precario' betrifft, so spricht das PGB von "Missbrauch einer Vergünstigung". Der Redaktor bemerkt dazu in lit. c. γ. seines Kurzkomentars zu § 505, dieser Ausdruck sei nicht bloss auf das eigentliche 'Precarium' anwendbar; vielmehr sollten damit sämtliche Tatbestände erfasst werden, bei denen ein blosser Inhaber einer Sache oder einer, welchem nicht Eigenbesitz, sondern lediglich ein beschränkter Besitz zukommt, anfangen will, "die Sache für sich und wie eine eigene zu besitzen".

Das 'vi, clam vel precario' begegnet uns auch im ALR und im ABGB. So lesen wir im preussischen Landrecht:

"Ist der Gewahrsam oder der Besitz obigen Vorschriften zuwider, jemandem mit G e w a l t entnommen worden, so müssen ihm dieselben, ohne Rücksicht auf ein besseres Recht dessen, der die Gewalt verübt hat, wieder gegeben werden" (ALR I.7.§ 146; Hervorhebungen durch den Verfasser).

"Eben dieses findet statt, wenn jemand die Sache oder das Recht h e i m l i c h d u r c h L i s t oder b i t t w e i s e, von dem vorigen Besitzer²⁸⁷⁾ an sich gebracht hat" (ALR I.7.§ 147; Hervorhebungen durch den Verfasser);

und die massgebliche Norm des österreichischen ABGB, bestimmt:

"Wenn sich jemand in den Besitz e i n d r i n g t, oder durch L i s t oder B i t t e h e i m l i c h einschleicht und das, was man ihm a u s G e f ä l l i g k e i t ohne sich einer fortdauernden Verbindlichkeit zu unterziehen, g e s t a t t e t, in ein fortwährendes Recht zu verwandeln sucht²⁸⁸⁾, so wird der an sich unrechtmässige und unredliche Besitz noch überdies u n e c h t (...)" (ABGB § 345; Hervorhebungen durch den Verfasser).

"Gegen jeden u n e c h t e n B e s i t z e r kann sowohl die Zurücksetzung in die vorige Lage, als auch die Schadloshaltung eingeklagt werden" (ABGB § 346 Satz 1; Hervorhebungen durch den Verfasser).

Da sich die genannten drei Arten widerrechtlicher Besitzentsetzung in den Digesten des 'Corpus iuris civilis' JUSTINIANS finden, erstaunt es nicht, dass sie auch in SAVIGNYS 'civilistischer Abhandlung' zum Recht des Besitzes ihren Niederschlag

gefunden haben²⁸⁹⁾. Streng den römischen Quellen folgend, sieht SAVIGNY für jede Art der Besitzesentziehung ein eigenes 'interdictum' vor ('interdictum unde vi', 'interdictum de clandestina possessione', 'interdictum de precario').

(b) Ob dem Entwerten die tatsächliche Sachherrschaft über eine bewegliche oder über eine unbewegliche Sache entzogen worden ist, spielt für die Anwendung von § 505 keine Rolle. Dies wird von BLUNTSCHLI unter lit. d. seiner Anmerkungen zu § 505 ausdrücklich gesagt. Der Grund für eine solche besondere Erwähnung liegt wohl darin, dass in den Digesten des 'Corpus iuris' etwa das 'interdictum unde vi', welches ein 'interdictum recuperandae possessionis' ist und somit der Wiedererlangung gewaltsam entzogenen Besitzes dient, in seiner Anwendung auf den Fall gewaltsamen Entzuges von Immobilienbesitz beschränkt ist, und BLUNTSCHLI eingangs seines Kommentars zu § 505 die vorliegende Besitzesklage ausdrücklich als 'interdictum recuperandae possessionis' bezeichnet. Der Redaktor konnte mit der genannten Anmerkung (lit. d.) vermeiden, dass allenfalls im römischen Recht Geschulte daran zweifelten, ob nun die Klage gemäss § 505, zumindest bei gewaltsamer Entwerung, im oben geschilderten Sinne beschränkt sei oder nicht.

Friedrich Carl VON SAVIGNY setzt sich in seinem "Recht des Besitzes" mit der erwähnten Einschränkung des 'interdictum unde vi' auf Grundstücke eingehend auseinander und nimmt dann unter Berufung auf den 'Codex Justinianus' des 'Corpus iuris' (C. 8,4,7) eine Anwendung des genannten Interdikts bei gewaltsamer 'deiectio' eines Mobiliarbesitzers ausdrücklich an²⁹⁰⁾. Dieser Auffassung ist etwa PUCHTA nicht gefolgt²⁹¹⁾. Demgegenüber scheint Friedrich Ludwig VON KELLER der Meinung SAVIGNYS zuzustimmen²⁹²⁾, während ARNDTS diesbezüglich lediglich auf die divergierenden Ansichten PUCHTAS und SAVIGNYS verweist²⁹³⁾. WINDSCHEID schliesslich teilt die Auffassung SAVIGNYS im Ergebnis vorbehaltlos²⁹⁴⁾.

Hinsichtlich des 'interdictum de precario' meint SAVIGNY, dass dieses "schon zur Zeit der classischen Juristen (...) auf bewegliche Sachen ausgedehnt worden (sei)"²⁹⁵⁾. Das 'interdictum de clandestina possessione' kann nach SAVIGNY nur bei Entzug von Immobiliärbesitz angestrengt werden²⁹⁶⁾. Allerdings ist sogleich darauf hinzuweisen, dass SAVIGNY diesem Interdikt - gerade wegen dessen Beschränkung - für die Gegenwart jegliche praktische Bedeutung abspricht²⁹⁷⁾. Er beruft sich auf die Digesten, wo bezüglich des Verlustes des Besitzes an Grundstücken von den jüngeren Klassikern²⁹⁸⁾ gesagt wird, dass der heimliche Eindringling vorderhand noch gar keinen Besitz, also auch keine 'clandestina possessio', erwirbt, sondern erst dann 'possessor' wird, wenn der Besitzer des betreffenden Grundstückes vom fraglichen Ereignis Kenntnis genommen hat und entweder keinen Widerstand wagt oder mit seiner Gegenaktion gescheitert ist²⁹⁹⁾. In den letzteren Fällen kommt nach SAVIGNY das 'interdictum unde vi' zur Anwendung³⁰⁰⁾.

Auch für das ALR sowie für das ABGB muss m.E. angenommen werden, dass der Entwerte wie im PGB durchwegs unabhängig davon, ob er seines Mobiliar- oder seines Immobiliärbesitzes entsetzt worden ist, auf Restitution klagen kann. So finden sich weder in den massgeblichen Normen des ALR noch in denjenigen des ABGB entsprechende Beschränkungen auf Immobilien. Solche wären angesichts der praktischen Bedeutung dieser Frage wohl mit Sicherheit ins Gesetz selbst aufgenommen worden.

(c) Als Beklagten bezeichnet § 505 PGB denjenigen, der den redlichen Besitzer verdrängt hat, sowie den Erben des Entwerers. Im Entwurf BLUNTSCHLIS von 1851 ist diesbezüglich noch ganz allgemein vom "Rechtsnachfolger" des Dejicienten die Rede³⁰¹⁾. Im Rahmen der Gesetzesberatung der Revisionskommission wurde dann jedoch der Ausdruck "Rechtsnachfolger" durch denjenigen des "Erben" ersetzt, und zwar - wie es in dem entsprechenden Protokoll heisst - "mit Rücksicht darauf, dass die fragliche Klage (dem Entwerten) nur (gegenüber) dem Universal- nicht aber (gegenüber) dem Singularsuccessor

zusteht"³⁰²⁾. Diese in der Gesetzesrevisionskommission geäußerte Auffassung findet ihre Bestätigung in den Erläuterungen des Redaktors zu § 505, wonach "gegen den singulären Nachfolger des Besitzstörers" die Klage nicht erhoben werden könne³⁰³⁾.

Gemäss § 507 PGB richtet sich nun aber die Klage auf Besitzesrestitution "auch gegen den dritten Besitzer der Sache (...), der den Kläger nicht verdrängt hat, wenn derselbe zur Zeit, als er den Besitz, w e n n a u c h i n f e h l e r f r e i e r F o r m erworben, davon Kenntnis hatte, dass die Sache dem Besitze des Klägers auf widerrechtliche Weise entzogen worden (war)". Aufgrund dieser Gesetzesbestimmung sind somit die obigen Aussagen, wonach gegen den singulären Nachfolger des Besitzstörers nicht gerichtlich vorgegangen werden könne, insofern zu modifizieren, als gegen den b ö s g l ä u b i g e n S i n g u l a r s u k z e s s o r geklagt werden kann³⁰⁴⁾.

Unter dem Passus "... wenn auch in fehlerfreier Form..." kann nur eine Besitzergreifung des gegenwärtigen Sachinhabers verstanden werden, die dem Besitzvorgänger gegenüber weder mit Gewalt oder Arglist noch durch "Missbrauch einer Vergünstigung" erfolgte.

Eine solche Ausdehnung der Restitutionsklage kennen weder das ALR³⁰⁵⁾ noch das ABGB³⁰⁶⁾. Auch Friedrich Carl VON SAVIGNY lässt die 'interdicta' nicht gegen den 'singularis Succesor' zu³⁰⁷⁾. Allerdings wird die Haftung des dritten bösgläubigen Besitzers von SAVIGNY in seiner Abhandlung zum "Recht des Besitzes" erwähnt. In deren letztem Abschnitt, überschrieben mit "Modificationen des Römischen Rechts", schreibt er, im kanonistischen cap. 18 X 'de restitutione spoliis' liege eine wahre (übrigens nicht sehr bedeutende) Erweiterung des 'interdictum unde vi'³⁰⁸⁾. Wie er sich nun aber zu dieser Ausdehnung des Besitzesschutzes stellt, nachdem er vorn beim 'interdictum unde vi' die Passivlegitimation des Singularsukzessors generell verneint hat, sagt er leider nicht. Sein Schüler PUCHTA hingegen lehnt diese Modifikation des 'interdictum unde vi' aus dem kanonischen Recht entschieden ab³⁰⁹⁾. Demgegenüber verhält sich WINDSCHEID eher zustimmend³¹⁰⁾.

Die Lösung J.C. BLUNTSCHLI in § 507 PGB, die Passivlegitimation bei der Klage aus Besitzesentziehung auf den d r i t t e n bösgläubigen Besitzer auszudehnen, ist jedenfalls - wie wir auch schon aufgrund der historischen Einführung zum Besitz des PGB wissen³¹¹⁾ - nicht neu.

(d) In § 506 PGB wird noch die r e i n p o s s e s s o r i s c h e N a t u r der Klage aus Besitzesentziehung zum Ausdruck gebracht. Auch der Eigentümer, der zu unerlaubter Selbsthilfe gegriffen und sich auf diese Weise wieder in den Besitz der Sache gesetzt hat, muss die Sache dem Entwerten vorerst wieder herausgeben. Es hilft ihm nichts, wenn er gegen die Klage des Dejicierten sein Eigentumsrecht geltend macht, also eine petitorische Einrede erhebt.

Gelingt es ihm jedoch die Unredlichkeit des klägerischen (früheren) Besitzes nachzuweisen, so ist er - was sich aus § 505 ergibt - n i c h t zur Restitution verpflichtet.

(e) Wie wir eben am Schluss des vorstehenden Abschnittes (d) gesehen haben, ermöglicht also § 505 dem Eigentümer einer Sache, der aus seinem Besitz widerrechtlich verdrängt worden ist, dem Dieb oder dem bösgläubigen Singularsukzessor die Sache auf gewaltsame Weise wieder wegzunehmen, und einer allfälligen Klage des nun Entwerten die E i n r e d e d e r U n r e d l i c h k e i t des früheren klägerischen Besitzes entgegenzuhalten, mit der Folge, dass die Klage abgewiesen, und der Eigentümer in seinem Besitz geschützt wird. Ein derartiges Ergebnis erscheint nicht ungerechtfertigt. Gerade Laien würden in einem solchen Fall wohl kaum begreifen, dass die Sache dem Dieb vorerst wieder herausgegeben werden müsste³¹²⁾.

Problematisch ist diese Regelung m.E. jedoch insofern, als sie die gewaltsame Selbsthilfe des zwar an sich Berechtigten, welcher sich aber immerhin einfach über das Recht hinwegsetzt, was richtigerweise zu verpönen wäre, nicht unterbindet^{312a)}.

d) Exkurs: Zur dinglichen Besitzrechtsklage

(a) Mit diesem Rechtsbehelf wird der Bereich des eigentlichen Besitzesschutzes verlassen. Dies kommt denn im PGB schon dadurch zum Ausdruck, dass die diesbezüglichen Bestimmungen (§§ 516ff. PGB) nicht denjenigen über die eben behandelten Besitzesklagen (§§ 501 - 508 PGB) angeschlossen sind. Sie finden sich vielmehr erst am Ende des Abschnittes B. über die "Wirkungen des Besitzes", nach den Normen, die - um das entsprechende Marginale des ZGB heranzuziehen - die "Verantwortlichkeit" des redlichen und unredlichen Besitzers regeln (§§ 509 - 515 PGB).

In der dinglichen Besitzrechtsklage hat dem Grundsatz nach die römische 'actio Publiciana' ihren gesetzlichen Niederschlag im PGB gefunden. J.C. BLUNTSCHLI schreibt in seinem Kommentar zu § 516 PGB, mit der vorliegenden Klage werde derselbe Gedanke aufgenommen, "dem die Römer in der der 'rei vindicatio' nachgebildeten 'actio Publiciana' einen Ausdruck gegeben (hätten), nur a l l g e m e i n e r auf alle dinglichen Rechte und das denselben entsprechende Besitzrecht ausgedehnt"³¹³).

Die publizianische Klage des römischen Rechts hat bei der Darstellung des römischen Besitzesschutzes im Rahmen der historischen Einführung dieser Arbeit darum keine Erwähnung gefunden, weil diese Klage im klassischen römischen Recht ihren Platz im E i g e n t u m s r e c h t hatte. Dies hing mit ihrer engen Anlehnung an die Vindikationsklage, der sie - wie von BLUNTSCHLI angetönt - nachgeformt war, und ihrer Bedeutung während der Eigentumsersetzung zusammen³¹⁴).

Eine Einordnung der 'actio Publiciana' bzw. der vorliegenden dinglichen Klage BLUNTSCHLIS im Besitzrecht erscheint aber insofern gerechtfertigt, als die Klage nicht ein tatsächlich bestehendes dingliches Recht voraussetzt, sondern einen redlichen und titulierten bzw. rechtmässigen B e s i t z, wobei der gültige Rechtstitel nach BLUNTSCHLI - anders als bei der eigentlichen 'actio Publiciana' - ganz allgemein "auf D i n g l i c h k e i t g e r i c h t e t" sein

muss³¹⁵⁾. Der Rechtsgrund hat also ein für den Erwerb irgend eines dinglichen Rechtes an sich geeigneter zu sein. Andererseits steht die Klage doch einem ganz bestimmt qualifizierten Besitzer zu, der das seiner Sachherrschaft entsprechende dingliche Recht erworben hätte, wenn der Vertragspartner in der Lage gewesen wäre, das Recht zu übereignen, und der etwa durch Ersitzung nach Ablauf einer gewissen Frist dieses dingliche Recht auch tatsächlich erlangen wird³¹⁶⁾. Demzufolge spricht der zürcherische Gesetzesredaktor davon, dass in diesem Besitze bereits ein Ansatz zu voller Rechtsbildung liege, der schon so deutlich zu erkennen sei, dass er, "bevor sein Wachsthum zum Recht vollendet (sei), Dritten gegenüber schon als ein dem fertigen Rechte entsprechendes dingliches Besitzrecht, wie wenn es nicht mehr werdendes sondern gewordenes Recht wäre, geschützt wird"³¹⁷⁾; BLUNTSCHLI fährt dann fort:

"So haben die Römer für ihre 'actio Publiciana' die dem Usucapienten zukam, die Usucapion als bereits vollendet fingiert"³¹⁸⁾.

Das dem redlichen und rechtmässigen Besitz entsprechende dingliche Recht wird als bereits bestehend fingiert und der Besitzer demzufolge behandelt, als hätte er ein dinglich wirkendes Recht zum Besitz. Gestützt auf diese Fiktion kann der Besitzer die Sache grundsätzlich von jedem Dritten herausverlangen. Gegen den wirklich dinglich Berechtigten oder sogar besser dinglich Berechtigten an der Sache ist die Fiktion und demnach seine Klage jedoch wirkungslos³¹⁹⁾. So kann der tatsächliche Eigentümer - von gewissen Fällen, wie noch zu zeigen sein wird, abgesehen - gegen die Besitzrechtsklage des redlichen und rechtmässigen Eigenbesitzers erfolgreich sein dingliches Recht an der Sache geltend machen. Er kann somit wirkungsvoll eine petitorische Einrede erheben. Darin zeigt sich nun eben ein Unterschied zu den vorne behandelten Besitzes-

klagen, wo Fragen der B e r e c h t i g u n g an der Sache ausgeklammert bleiben.

Ein weiterer Unterschied gegenüber den Besitzesklagen liegt nach dem Gesagten darin, dass die dingliche Besitzrechtsklage dem Grundsatz nach gegen j e d e n D r i t t e n angestrengt werden kann, also auch gegen g u t g l ä u b i g e Dritte. Passivlegitimiert ist der Dritte schon darum, weil er - obwohl selbst redlich - die Sache dem Kläger als Besserberechtigten vorenthält³²⁰⁾. Hier wird deutlich, dass die publizianische Klage - auch wenn sie bloss Besitz voraussetzt - ihren Grund eigentlich in einem fiktiven dinglichen Recht findet und nicht - wie die Besitzesklage - in einer irgendwie gearteten Besitzesstörung seitens des Beklagten³²¹⁾. Damit ist nun auch dargetan, weshalb eingangs davon die Rede war, dass mit der dinglichen Besitzrechtsklage der Boden des eigentlichen Besitzesschutzes verlassen wird und BLUNTSCHLI dieser Klage einen gesonderten Platz im Rahmen des Besitzrechts zugewiesen hat³²²⁾.

(b) Wie bereits erwähnt, zerbricht die Fiktion des dinglichen Rechts an einem wirklich bestehenden gleichen oder besseren dinglichen Recht³²³⁾. Dies gilt jedoch nur dem Grundsatz nach. Kann etwa der redliche und rechtmässige Eigenbesitzer gegen die Einrede des tatsächlichen Eigentümers seinerseits geltend machen, er habe die Sache aber gerade von ihm gekauft und übereignet bekommen - offensichtlich zu einem Zeitpunkt, als der Beklagte noch nicht Eigentümer der Sache war³²⁴⁾ - so dringt der Eigenbesitzer mit seiner dinglichen Besitzrechtsklage gleichwohl durch³²⁵⁾. J.C. BLUNTSCHLI schreibt dazu, dass sich diesfalls der Kläger auf den Kaufvertrag mit dem Beklagten oder auf dessen 'dolus' berufen und dadurch die Einrede des Eigentums beseitigen könne. Für diese Lösung bezieht sich der Redaktor auf die Stelle Ulp. Dig. 6,1,72 'de rei vindicatione' des 'Corpus iuris civilis'. Diese lautet:

'Si a Titio fundum emeris Sempronii et tibi traditus sit pretio soluto, deinde Titius Sempronio heres extiterit et eundem alii vendiderit et tradiderit, aequius est, ut tu potior sis. nam et si ipse venditor eam rem a te peteret, exceptione eum summoveres. sed et si ipse possideret et tu peteres, adversus exceptionem dominii replicatione utereris'.

Nach § 517 BGB ist die dingliche Besitzrechtsklage grundsätzlich auch gegen denjenigen unwirksam, welcher selbst die 'Publiciana' im Sinne des BGB anstrengen könnte, weil ihm seinerseits ebenfalls redlicher und rechtmässiger Besitz im Sinne von § 516 BGB zukommt³²⁶). Dies gilt jedoch wohl richtigerweise nur dann, wenn beispielsweise beide Parteien Eigentumersitzer sind, nicht aber im Falle, dass dem Beklagten etwa bloss redlicher und rechtmässiger Niessbrauchbesitz zugesprochen werden kann. Denn nur beim erstgenannten Tatbestand hat der Beklagte gleichen Anspruch auf Schutz und besteht - so der Redaktor - "kein Grund, dem einen die Sache zu nehmen und sie dem andern zu geben"³²⁷). Nach BLUNTSCHLI hilft dem Kläger in einem solchen Fall auch der Umstand nicht, dass er seinen Besitz früher als der Beklagte erworben hat; allerdings schränkt dies der Gesetzesredaktor im folgenden sogleich wieder mit den Worten ein: "... wenigstens (dann) nicht, wenn jeder von beiden einen anderen Gewährsmann ('auctor') hat"³²⁸). Dringt demzufolge derjenige, der seinen Besitz vom gleichen Nichtberechtigten wie der Beklagte, jedoch früher als der letztere, erlangt hat, mit der publizianischen Klage im Sinne des BGB durch? Dies darf wohl rücksichtlich des den obig zitierten Worten BLUNTSCHLIS unmittelbar nachfolgenden Hinweises auf die Digestenstelle 6,2,9,4 'de Publiciana in rem actione' angenommen werden³²⁹). In dieser Quellenstelle trifft nämlich JULIAN eine Unterscheidung dahingehend, dass der Ersitzungsbesitzer mit seiner 'actio Publiciana' gegen einen anderen Ersitzungsbesitzer nur dann Erfolg habe, wenn beide ihre Sachherrschaft vom selben Nichtberechtigten erlangt haben, und der Kläger Ersterwerber sei. Demgegenüber wird

nach JULIAN dem jeweiligen (reellen) Besitzer der Vorzug gegeben, wenn beide Usucapienten von verschiedenen Nichtberechtigten Besitz erworben haben³³⁰⁾.

(c) Wie die 'actio Publiciana' im klassischen römischen Recht auch dem wirklichen Eigentümer zur Verfügung stand, welcher derart seine Sache "vindizieren" konnte, ohne den schwierigen Eigentumsnachweis erbringen zu müssen³³¹⁾, so kann nach dem PGB der tatsächlich dinglich Berechtigte (Eigentümer, Nutzniesser etc.) die dingliche Besitzrechtsklage im Sinne von § 516 PGB ebenfalls zur Anwendung bringen. Auch in der Zürcher Privatrechtskodifikation beruht diese Ausdehnung der 'Publiciana' auf den wirklich Berechtigten auf dem Gedanken der B e w e i s e r l e i c h t e r u n g. So lesen wir in BLUNT-SCHLIS Anmerkungen zu § 516 PGB (Ziff. 2), dass es etwa dem Eigentümer oder Niessbraucher oft leicht sei, "den rechtmässigen Besitz, aber schwer, das Recht selbst zu erweisen".

(d) Die dingliche Besitzrechtsklage des PGB ist von der 'actio Publiciana' - wie vorne bereits ausgeführt³³²⁾ - einmal dadurch zu unterscheiden, dass sie nicht bloss dem Eigentumseritzer zusteht. Ueberdies weist sie noch eine weitere Besonderheit auf. Die römische 'Publiciana' ist der 'rei vindicatio' nachgebildet und findet ihren Anwendungsbereich lediglich bei Tatbeständen, in denen der Besitz dem Ersitzenden verloren gegangen ist. Demgegenüber dient dem redlichen und rechtmässigen Besitzer im Sinne von § 516 PGB die dingliche Besitzrechtsklage a u c h "gegen relative und theilweise Besitzstörungen (...). Es gibt also auch eine der N e g a t o r i e n k l a g e des Eigenthümers analoge Besitzrechtsklage"³³³⁾.

(e) Eine dingliche Besitzrechtsklage im Sinne des PGB findet sich weder bei den Besitzregeln des ABGB noch bei denjenigen des ALR. Das österreichische ABGB kennt zwar eine eigentliche publizianische Klage des Ersitzungsbesitzers, doch ist diese eben auf den Eigentumseritzer beschränkt und hat ihren Platz

im Rahmen der Regelung des Eigentumsrechtes³³⁴⁾. Im Besitzrecht Preussens findet sich eine Klage aus dem besseren Recht zum Besitz, welche jedoch eine viel umfassendere Gestalt als die 'actio Publiciana' des römischen Rechts, aber auch als die dingliche Besitzrechtsklage der zürcherischen Kodifikation aufweist³³⁵⁾. Diese Klage des ALR ist nach dem Tübinger Professor Carl Georg BRUNS aus der alten Auffassung hervorgegangen, wonach beim 'possessorium ordinarium' - anders als beim 'possessorium summarium', das ja seit dem 'usus modernus' als völlig selbständiger Prozess betrachtet wird - "Über die Qualität des Besitzes verhandelt und der bessere Besitzer dem schlechteren vorgezogen werde"³³⁶⁾.

III. SCHLUSSBEMERKUNGEN MIT AUSBLICK AUF DAS BESITZRECHT DES SCHWEIZERISCHEN ZIVILGESETZBUCHES (ZGB)

(a) Halten wir abschliessend Rückschau auf die Regeln des PGB zu Besitzbegriff und Besitzesschutz, so lässt sich ganz allgemein folgendes sagen: Die betreffenden Gesetzesbestimmungen widerspiegeln BLUNTSCHLI'S Bestreben, auch dort, wo er in seiner Kodifikation auf das römische Recht (im Verständnis der damaligen Romanistik) zurückgreift, diesem gegenüber eine unabhängige Stellung zu bewahren und vor allem das römische Recht, soweit möglich, durch einheimisch-deutsches Recht zu ergänzen. Dieses Ergebnis findet eine gewisse Bestätigung in der Weisung des Präsidenten der Gesetzesrevisionskommission, FINSLER, vom 17. Dezember 1853 an den "hohen grossen Rath" des Kantons Zürich, in welcher es u.a. heisst, der Abschnitt "vom Besitz" beruhe auf einer freien Umarbeitung der römischen und germanischen Theorie³³⁷).

In seinen Grundzügen steht also das Besitzrecht des PGB, soweit es hier interessiert, in Uebereinstimmung mit der damaligen Romanistik³³⁸). So wird etwa beim Besitzbegriff deutlich zwischen 'corpus' und 'animus' unterschieden, wobei letzterem Element die Funktion zukommt, zwischen Besitz (im technischen Sinne) und blosser Detention (Inhabung) abzugrenzen. Nach römischrechtlichem Vorbild wird zudem der Besitz ohne Einbezug der Frage nach der Berechtigung an der Sache gegen Störung und Entziehung geschützt. Bei der Klage aus Besitzesentziehung fällt im weiteren die Anlehnung an die römischen Klagegründe 'vis', 'clam' und 'precarium' auf.

Der Grund für eine solche Verankerung der fraglichen Bestimmungen im römischen Recht der damaligen romanistischen Doktrin ist wohl einmal darin zu finden, dass hier dem Redaktor eine umfassende durchgebildete Besitzlehre zur Verfügung stand. BLUNTSCHLI, der - wie wir gesehen haben - trotz seiner Hinwendung zur Germanistik mit realistischem Sinne eine positive Haltung zur Wissenschaft vom römischen Recht bewahrte und

diese als wesentliches Element eines modernen Rechtes anerkannte, war auch der Ueberzeugung, dass das römische Recht gerade auf dem Gebiete des Besitzes "bleibende Rechtswahrheiten geoffenbart hat"³³⁹⁾. Das mittelalterliche Gewererecht erschien ihm demgegenüber für ein modernes Gesetzbuch doch weitgehend unzureichend³⁴⁰⁾. In den "Satz und Ordnungen eines freyloblichen Statt-Gerichtes zu Zürich" von 1715, besser bekannt unter der Bezeichnung "Stadt- und Landrecht", der wohl bedeutendsten, aber noch immer sehr dürftigen Aufzeichnung überkommenen zürcherischen Rechts, findet sich im Übrigen - wenn ich richtig sehe - weder eine Erwähnung des Wortes "Besitz" noch eine solche des Wortes "Gewere"³⁴¹⁾.

Ein auf römischrechtlicher Grundlage beruhendes Besitzrecht hatte überdies den Vorteil, dass es, als in beschränktem Sinne auch Teil des "Verkehrsrechtes"³⁴²⁾, in wesentlichen Zügen mit den damals benachbarten Rechtsordnungen in Einklang stand³⁴³⁾.

Getragen vom Willen, eine zeitgemässe, praktikable Kodifikation zu schaffen, und in der Ueberzeugung, dass trotz Rezeption der römischen und kanonischen Besitzlehre die Gewere in den hiesigen Rechtsvorstellungen nicht gänzlich erstorben sei, löste sich jedoch der Germanist und ehemalige Praktiker BLUNTSCHLI von der *D o g m e n s t r e n g e* der damals herrschenden romanistischen Besitzesdoktrin, wandelte diese um und ergänzte sie namentlich durch Einbezug deutschen Gewererechts. So erweiterte etwa der Redaktor unter dem Eindruck der Gewere den engen romanistischen Besitzbegriff und gelangte zur Annahme eines ideellen Besitzes. Auf die Gewere dürfte zudem auch die Anerkennung eines mehrfachen Besitzes zurückzuführen sein. In freier Neuschöpfung bildete BLUNTSCHLI die publizianische Klage des römischen Ersitzungsbesitzers zu einer allgemeinen dinglichen Besitzrechtsklage um. Die Passivlegitimation bei der Klage aus Besitzesentziehung dehnte er in Abweichung von der damals herrschenden Auffassung in der Romanistik und wohl in Anlehnung an das ältere gemeine Recht auf den bösgläubigen Singularsukzessor des Entwerers aus.

Durch das geschilderte Vorgehen bei der Regelung von Besitzbegriff und Besitzesschutz kehrte BLUNTSCHLI zu Lösungen zurück, wie sie bereits etwa im älteren gemeinen Recht des 'usus modernus' oder im preussischen Landrecht von 1794 formuliert worden waren. Dies wird dadurch verständlich, wenn man sich nochmals vergegenwärtigt, dass gerade die Epoche des 'usus modernus' - wie wir gesehen haben³⁴⁴⁾ - eine Zeit war, dessen Vertreter sich zum Ziel setzten, das rezipierte römische Recht "an die bestehenden Lebensverhältnisse unter Verarbeitung des eigenständigen deutschen Rechts anzugleichen"³⁴⁵⁾, denen also eine Haltung eigen war, wie sie in entsprechend übertragenem Sinne auch J.C. BLUNTSCHLI zugesprochen werden kann; für weite Teile des Privatrechts des preussischen Landrechts schöpften sodann die Verfasser dieser Kodifikation aus den massgeblichen Lehren des 'usus modernus'³⁴⁶⁾. Vermutlich auch unter naturrechtlichem Einfluss³⁴⁷⁾ hat sich zudem das ALR gerade im Besitzrecht sehr entschieden deutschen Rechtsanschauungen genähert³⁴⁸⁾. Wie sich aus der vorliegenden Arbeit ergibt, hat denn auch J.C. BLUNTSCHLI dieses preussische Gesetzbuch - wohl entgegen der Auffassung GUGGENBUEHLS³⁴⁹⁾ - bei der Regelung von Besitzbegriff und Besitzesschutz verschiedentlich herangezogen.

(b) Trotz des aner kennenswerten Trachtens J.C. BLUNTSCHLIS, die romanistische Besitzesdoktrin nicht einfach mehr oder weniger unbesehen in Gesetzesbestimmungen zu formen, sondern diese umzubilden und einheimisch-deutsches Recht einfließen zu lassen, bewies der Redaktor bei der konkreten Ausgestaltung des Besitzrechtes, soweit es in der vorliegenden Arbeit Erwähnung fand, nicht immer eine glückliche Hand. So konnten wir etwa feststellen, dass BLUNTSCHLI gut daran getan hätte, wenn er gewisse Unterscheidungen weggelassen hätte, so die Differenzierung zwischen reellem und ideellem Besitz oder die komplizierte Lösung beim Besitzesschutz, wonach einzig der redliche Besitzer sämtlichen unbefugten Beeinträchtigungen entgegentreten darf, der unredliche hingegen verschiedene Störungen zu erdulden hat.

Die Kritik Arthur BAUHOFFERS, BLUNTSCHLI sei im Besitzrecht gegen sein Programm zu sehr ins Spezialisieren hineingeraten, ein Vorwurf, mit dem BAUHOFFER nicht alleine dasteht³⁵⁰⁾, erfolgte also nicht zu Unrecht³⁵¹⁾.

(c) Das Zürcher Privatrechtliche Gesetzbuch war ein Vorläufer des Schweizerischen Zivilgesetzbuches von 1907. Eugen HUBER, der Schöpfer dieser gesamteidgenössischen Privatrechtskodifikation, liess dem zürcherischen Gesetzeswerk sogar eine sehr günstige Beurteilung zukommen, indem er sagte, dass dessen Vorzüge vermutlich erst eine spätere Zeit ganz zu würdigen verstehen werde, wenn sie sehe, dass vorher und nachher keine bessere Kodifikation mehr möglich war³⁵²⁾. Angesichts dieser Umstände soll am Ende dieser Arbeit ein Ausblick auf das B e s i t z r e c h t d e s Z G B stehen.

Auch dieses verbindet in sich römisch- und deutschrechtliche Elemente³⁵³⁾. Anders als BLUNTSCHLI im PGB löste sich jedoch HUBER im ZGB bei der Bestimmung des B e s i t z b e g r i f f e s von der römisch-gemeinrechtlichen Differenzierung zwischen 'corpus' und 'animus'. Der Besitzwille hatte für HUBER nur noch insofern Bedeutung, als er darin einen notwendigen Bestandteil einer jeden Sachherrschaft erblickte:

"Mit der Gewalt verbindet sich (...) immer der Wille, sie zu betätigen. Fehlt dieser, so besteht auch die Gewalt nicht"³⁵⁴⁾.

Besitz hat nach Art. 919 Abs. 1 ZGB j e d e r, welcher die tatsächliche Gewalt über eine Sache hat. Mit einer solchen weiten Besitzesumschreibung, so sagte HUBER, kehre die Rechtsordnung zu der volkstümlichen Auffassung zurück, die hierzulande niemals untergegangen sei³⁵⁵⁾. Das ZGB knüpft also an die Bestrebungen BLUNTSCHLIS, den engen romanistischen Besitzbegriff zu erweitern, an, geht aber über diese Lösung noch entschieden hinaus³⁵⁶⁾.

Der m e h r f a c h e B e s i t z hat in einer eigenen Gesetzesbestimmung (Art. 920) seinen deutlichen Niederschlag

im ZGB gefunden, während sich für das PGB erst aus den Erläuterungen des Redaktors BLUNTSCHLI ergibt, dass auch hier dieses Rechtsinstitut anerkannt ist.

Grundlegend erscheint für das ZGB Art. 930:

"Vom Besitzer einer beweglichen Sache wird vermutet, dass er ihr Eigentümer sei".

Diese Vermutung aus dem Besitz ist eine Auswirkung der Publizitätsfunktion des Besitzes im schweizerischen ZGB. Wohl anknüpfend an seine Auffassung von der deutsch-mittelalterlichen Gewere als Erscheinungsform des dinglichen Rechts nahm Eugen HUBER auch für den Besitz des ZGB an, dass dieser die Form des Rechtes sei:

"In unseren Ueberlieferungen und nach den Anschauungen des modernen Verkehrslebens (...) ist er (sc. der Besitz; Anm. des Verfassers) die äussere Darstellung des dinglichen Rechtes, indem, der Natur des Verhältnisses entsprechend, mit dem Besitz das Recht verbunden zu sein pflegt"³⁵⁷).

Dem Besitz des PGB kommt demgegenüber keine derartige Publizitäts- und Legitimationsfunktion zu. Darin zeigt sich - wie schon bei der Umschreibung des Besitzbegriffes - die stärkere romanistische Verankerung des zürcherischen Besitzrechtes.

Wie im PGB stehen auch nach dem ZGB dem Besitzer bei Störung und Entziehung seiner Sachherrschaft gerichtliche Schutzbehelfe zur Verfügung (Art. 927 und Art. 928 ZGB). Während diese jedoch bei BLUNTSCHLI rein possessorisch ausgestaltet sind, findet sich in Abs. 2 von Art. 927 ZGB eine Durchbrechung des reinen Possessoriums, indem hier der Beklagte, von welchem Herausgabe der Sache verlangt wird, sofort sein besseres Recht einwenden und nachweisen darf und so einer Verurteilung zur Restitution entgehen kann. Diese p e t i t o r i s c h e Einrede fehlte noch im Vorentwurf HUBERS³⁵⁸).

Sie wurde erst im Rahmen der Beratungen der Expertenkommission von deren Mitglied C.C. BURCKHARDT³⁵⁹⁾ vorgeschlagen³⁶⁰⁾. Der Gesetzgeber hat hier, wie STARK richtig ausführt, dem Grundsatz der Prozessökonomie den Vorzug vor der Verpönung der verbotenen Eigenmacht gegeben³⁶¹⁾, eine Lösung, welche vor kurzem HEDINGER nicht mit Unrecht einer Kritik unterzogen hat³⁶²⁾.

§ 507 PGB sieht bekanntlich vor, dass auch gegen den unredlichen Einzelrechtsnachfolger auf Besitzesrestitution geklagt werden könne. Art. 927 ZGB nennt demgegenüber eine derartige Klagemöglichkeit nicht, worauf denn auch HOMBERGER die Ansicht vertrat, der bösgläubige Singularsukzessor sei nicht passivlegitimiert³⁶³⁾. Zu Recht nimmt nun jedoch die heutige Lehre einen Anspruch des Entwerten auf Rückgabe der Sache auch gegen den genannten unredlichen Drittbesitzer an³⁶⁴⁾. Eugen HUBER selbst hatte sich diesbezüglich nur unklar geäußert, indem er sagte, die Klage auf Wiedererlangung entspreche dem 'interdictum recuperandae possessionis' oder der 'reintegranda' des späteren Rechtes³⁶⁵⁾.

Ist die fehlende Erwähnung der Haftung des bösgläubigen Drittbesitzers ein gewisser Mangel des ZGB, so ist hingegen wieder positiv zu werten, dass das ZGB - anders als das PGB - j e d e m Besitzer gegen j e g l i c h e Arten von Störungen Schutz zukommen lässt.

Wie das PGB kennt auch das ZGB eine Besitzrechtsklage. Während jedoch diejenige des (alten) zürcherischen Rechts auf der 'actio Publiciana' des römischen Rechts beruht, findet diejenige des ZGB ihre Wurzeln in der deutsch-mittelalterlichen Klage wegen unfreiwilligen Verlustes der Fahrnisgewere³⁶⁶⁾.

Nach diesem - allerdings nur kurzen - Blick auf das heute geltende Recht des Besitzes im schweizerischen Zivilgesetzbuch kann m.E. doch gesagt werden, dass das Besitzrecht des zürcherischen PGB Eugen HUBER nicht in besonderem Masse als Vorbild diente. HUBER hat denn auch die zürcherische Regelung über den Besitz wie diejenige der anderen kantonalen Kodifikationen nicht als originelle gesetzgeberische Leistung gewürdigt³⁶⁷⁾.

ANMERKUNGEN

Vorwort

- 1) Unter 'Besitz' wird in dieser Arbeit - wenn nichts anderes vermerkt ist - immer nur Besitz von Sachen im eigentlichen Sinne ('res corporales') verstanden.
- 2) Unter dem Begriff "B e s i t z r e c h t" ist hier das sich auf den Besitz beziehende objektive Recht zu verstehen, welches im zweiten Abschnitt des Buches zum Sachenrecht, unter der Ueberschrift "Vom Besitz", festgehalten ist.
- 3) VONTOBEL, Die liberal-konservative organische Rechts- und Staatslehre Johann Caspar Bluntschli, S. V.
- 4) Vgl. statt vieler WIEACKER, PRGN, S. 490.
- 5) Vgl. etwa Iso KELLER, S. 264f.; GUGGENBUEHL, S. 96, insbesondere N 2.
- 6) Vgl. BLUNTSCHLI, Die bisherigen neuen Gesetzbücher des Auslandes, S. XVIff.
- 7) Vgl. dazu Hans PETER, Zur Regelung des Besitzes im französischen Code civil, in: FS Heinz Hübner, S. 174.
- 8) Siehe dazu ELSENER, Die Schweizer Rechtsschulen, S. 290ff.; S. 315ff.; S. 327ff.
- 9) ELSENER, Die Schweizer Rechtsschulen, S. 329.
- 10) BLUNTSCHLI, Die bisherigen neuen Gesetzbücher der schweizerischen Kantone, S. XXVI.

Ad. I.

- 11) Vgl. dazu Paul GUGGENBUEHL, Die Entstehung des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches, Diss. Zürich 1924; Arthur BAUHOFFER, Entstehung und Bedeutung des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches von 1853 - 1855, in: ZSR NF 46 (1927) S. 1ff.
Sehr aufschlussreich für die Entstehung der zürcherischen Zivilrechtskodifikation ist auch der Briefwechsel Friedrich VON WYSS', Mitglied der Gesetzesrevisionskommission für das PGB, mit J.C. BLUNTSCHLI und Johannes SCHNELL (vgl. Familienarchiv VON WYSS IX und BLUNTSCHLI-Archiv in der Zentralbibliothek Zürich). Die Briefe sind teilweise verarbeitet in: E.F.I. MUELLER-BUECHI, Friedrich von Wyss und das Zürcher Privatrechtliche Gesetzbuch, in: ZSR NF 84 I (1965), S. 325ff.
- 12) Zu Leben und Schaffen J.C. BLUNTSCHLIS (1808 - 1881): Hans FRITZSCHE, in: Schweizer Juristen der letzten hundert Jahre, hrsg. von Hans Schulthess, Zürich 1945, S. 135ff.; Rodrich STINTZING/Ernst LANDSBERG, Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft III, Abt. 2, S. 552ff.; Hans PETER, J.C. Bluntschli, in: HRG I, Sp. 456ff.; Hans OPPIKOFER, J.C. Bluntschlis Theorie und die einheimische Rechtsentwicklung, in: ZSR NF 60 (1941), S. 361ff.
Vgl. auch die autobiographischen Aufzeichnungen BLUNTSCHLIS, in: Denkwürdiges aus meinem Leben; auf Veranlassung der Familie durchgesehen und veröffentlicht von Dr. R. Seyerlen, 3 Bde., Nördlingen 1884.
- 13) BINDER, S. 4.
- 14) Zu F.C. VON SAVIGNY, vgl. statt vieler Erik WOLF, Grosse Rechtsdenker, S. 537ff. und Franz WIEACKER, Gründer und Bewahrer, S. 107ff. Vgl. aber auch BERGFELD, Savigny und Donellus, in: IUS COMMUNE VIII (1979), S. 24ff.
- 15) Zur h i s t o r i s c h e n R e c h t s s c h u l e, vgl. statt vieler SCHLOSSER, S. 97ff., sowie die weit- ausgreifenden, die deutsche und europäische Geistes- geschichte miteinbeziehenden Ausführungen WIEACKERS, PrRGn, S. 348ff.
- 16) BLUNTSCHLI, Denkwürdiges aus meinem Leben, Bd. I, S. 63.
- 17) BLUNTSCHLI, Denkwürdiges aus meinem Leben, Bd. I, S. 64.
- 18) Zum romanistischen und germanistischen Zweig innerhalb der historischen Rechtsschule, SCHLOSSER, S. 107ff.; zum Schulenstreit zwischen Romanistik und Germanistik, WIEACKER, PrRGn, S. 406 ff.

In diesem Zusammenhang sei auch auf die neuere Abhandlung von Gerhard DILCHER und Bernd-Rüdiger KERN, Die juristische Germanistik des 19. Jahrhunderts und die Fachtradition der Deutschen Rechtsgeschichte, in: ZRG GA 100 (1984), S. 1ff., hingewiesen.

- 19) Vgl. HBLS, V. Bd., S. 104f., Nr. 12 (Ferd. MEYER), Nr. 14 (C.F. MEYER).
- 20) ELSENER, Die Schweizer Rechtsschulen, S. 383.
- 21) Vgl. BLUNTSCHLI, Denkwürdiges aus meinem Leben, Bd. II, S. 309.
- 22) FRITZSCHE, S. 142; OPPIKOFER, S. 373; STINTZING/LANDSBERG, S. 556.
Zur Frage des Einflusses des römischen Rechts in Zürich, Hans PETER, Römisches Recht im mittelalterlichen Zürich, in: Zürcher Taschenbuch auf das Jahr 1962, Zürich 1961, S. 22ff.
- 23) BLUNTSCHLI, Denkwürdiges aus meinem Leben, Bd. I, S. 151.
- 24) FLIESS, S. 85/86; vgl. auch BLUNTSCHLI, Deutsches Privatrecht, 1. Bd., S. 1: "... so heissen wir heute deutsches Privatrecht im Gegensatz zu dem fremden, den n a t i o n a l e n Theil des Privatrechts der Deutschen oder in deutschen Ländern".
- 25) BLUNTSCHLI, in: Monatschronik Bd. III, S. 182 (zit. nach OPPIKOFER, S. 374).
- 26) BLUNTSCHLI, Denkwürdiges aus meinem Leben, Bd. I, S. 139.
- 27) Zu Karl Friedrich EICHHORN (1781 - 1854), vgl. WIEACKER, PrRG, S. 403ff.
- 28) Karl Friedrich EICHHORN "dem Begründer der deutschen Rechtsgeschichte" und dem "hochverdienten Lehrer und Freunde Friedrich Carl VON SAVIGNY" ist BLUNTSCHLI "Staats- und Rechtsgeschichte" gewidmet.
- 29) ELSENER, Die Schweizer Rechtsschulen, S. 383.
- 30) ELSENER, Die Schweizer Rechtsschulen, S. 383.
- 31) BLUNTSCHLI, Die neueren Rechtsschulen der deutschen Juristen, S. 36.
- 32) So STINTZING/LANDSBERG, S. 554.
- 33) ELSENER, Die Schweizer Rechtsschulen, S. 384.

- 34) BLUNTSCHLI war ja nicht nur Schüler SAVIGNYS, sondern vor 1827 in Zürich auch ein solcher Friedrich Ludwig KELLERS, der ebenfalls ein Romanist von Rang war. Zu F.L. von Keller, vgl. Alexander BECK, in: Schweizer Juristen der letzten hundert Jahre, S. 107ff.
- 35) BLUNTSCHLI, Die neueren Rechtsschulen der deutschen Juristen, S. 51. "... ich zweifle nicht daran, dass nach Jahrhunderten noch römisches Recht von den Juristen studiert und als ein bleibendes Element auch in dem dannzumaligen Rechte verehrt werde" (BLUNTSCHLI, Deutsches Privatrecht, 1. Bd., Vorwort, S. X).
- 36) BLUNTSCHLI, Die neueren Rechtsschulen der deutschen Juristen, S. 51. Vgl. in diesem Zusammenhang auch den Romanisten F.L. VON KELLER, Die neuen Theorien in der Zürcherischen Rechtspflege, S. 17ff. Zu KELLER, siehe vorn in N 34.
- 37) BLUNTSCHLI, Die neueren Rechtsschulen der deutschen Juristen, S. 51.
- 38) BLUNTSCHLI, Die bisherigen neuen Gesetzbücher des Auslandes, S. XXIV.
- 39) Vgl. BLUNTSCHLI, Die neueren Rechtsschulen der deutschen Juristen, S. 51.
- 40) BLUNTSCHLI, Die neueren Rechtsschulen der deutschen Juristen, S. 51.
- 41) Vgl. FRITZSCHE, S. 151.
- 42) Vgl. ELSENER, Die Schweizer Rechtsschulen, S. 400; OPIKOFEK, S. 379.
- 43) Der Aufsatz ist in verschiedenen Teilartikeln im sogenannten "Beobachter aus der östlichen Schweiz" erschienen. Drei dieser Artikel sind in J.C. BLUNTSCHLIS Erläuterungen zum Privatrechtlichen Gesetzbuch (Bd. I: Personen- und Familienrecht) als Beilage erneut abgedruckt worden.
- 44) BLUNTSCHLI, Aufgabe der neuen Gesetzbücher, S. XIV.
- 45) BLUNTSCHLI, Aufgabe der neuen Gesetzbücher, S. XV.
- 46) BLUNTSCHLI, Aufgabe der neuen Gesetzbücher, S. XV.
- 47) BLUNTSCHLI, Die bisherigen neuen Gesetzbücher des Auslandes, S. XXIII.
- 48) ELSENER, Die Schweizer Rechtsschulen, S. 387.
- 49) Vgl. MUELLER-BUECHI, in: ZSR NF 84 I (1965) S. 326.

Ad II.

- 50) Die folgenden Ausführungen beruhen auf der von Eugen HUBER entwickelten und von Otto VON GIERKE übernommenen, bis heute massgeblichen Ansicht über die mittelalterliche Gewere.
- 51) Vgl. P. TRENK-HINTERBERGER, *Miete*, in: HRG III, Sp. 538/539; K.O. SCHERNER, *Pacht*, in: HRG III, Sp. 1398.
- 52) Vgl. zum Ganzen, OGRIS, *Gewere*, Sp. 1658ff.; HUBER, *Die Bedeutung der Gewere*, S. 76.
- 53) OGRIS, *Gewere*, Sp. 1662; vgl. auch Rudolf HUEBNER, S. 202 und v.a. Karl Siegfried BADER, S. 8.
- 54) *Sachsenspiegel*, *Lehensrecht* 14 § 1 (zit. nach HUEBNER, S. 202 N 2); vgl. dazu die neuhochdeutsche Uebersetzung von C. SCHOTT: "Wer es (sc. das Gut) z u r N u t z u n g u n d G e w i n n hat (...), der hat den Besitz daran" (Hervorhebungen durch den Verfasser) (Eike von Repgow, *Der Sachsenspiegel*, hrsg. von Clausdieter SCHOTT, Zürich 1984, *Lehensrecht* 14 § 1, S. 258).
- 55) Vgl. OGRIS, *Gewere*, Sp. 1662f.; HUEBNER, S. 202.
- 56) Der Begriff ist nicht quellenmässig (vgl. ZOEPFL, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 3. Bd., § 106, S. 179 N 1).
- 57) OGRIS, *Gewere*, Sp. 1663. Der Begriff 'ideelle Gewere' geht auf Ernst Theodor GAUPPS Untersuchungen über die Gewere, die 1839 in der Zeitschrift für deutsches Recht in Tübingen erschienen sind, zurück.
- 58) Vgl. OGRIS, *Gewere*, Sp. 1664; vgl. auch LIVER, *Rechte Gewere und Ersitzung*, in: FS Rennefahrt, Bern 1958.
- 59) Vgl. OGRIS, *Gewere*, Sp. 1663ff. sowie die dort angegebenen Schriften.
- 60) OGRIS, *Gewere*, Sp. 1660f.
- 61) Vgl. BADER, S. 11 mit Hinweisen (siehe etwa OGRIS, *Fahrnis, Fahrhabe*, in: HRG I, Sp. 1050). Siehe dazu auch OGRIS, *Gewere*, Sp. 1662, der annimmt, dass in älterer Zeit "die meisten Fahrnisgegenstände als Zubehör liegenden Gutes (als Inventar von Haus und Hof oder als Bestandteil einer Vermögensmasse) galten und daher von der Liegenschaftsgewere miterfasst wurden". Für die ältere Zeit noch weitergehend J.C. BLUNTSCHLI, *Deutsches Privatrecht*, 1. Bd., § 55, Ziff. 1, S. 237/238.

- 62) Vgl. HUEBNER, S. 210/212. Zum Beweisrecht, vgl. KORN-BLUM, Beweis, in: HRG I, Sp. 401ff.; SCHEYHING, Eideshelfer, in: HRG I, Sp. 870ff.
- 63) OGRIS, Gewere, Sp. 1666; anders offenbar HUEBNER, S. 212.
- 64) Rechte Gewere (vgl. vorn N 58).
- 65) Vgl. OGRIS, Gewere, Sp. 1665 und Ernst HAURI, Die deutsch-rechtliche Gewere und ihr Einfluss auf die Besitzeslehre des ZGB, Diss. Bern 1942, S. 23.
- 66) OGRIS, Gewere, Sp. 1661.
- 67) Zum Ganzen, OGRIS, Gewere, Sp. 1661; zum 'Anefang', WERKMUELLER, Anefang, in: HRG I, Sp. 159ff.
- 68) Dieser Grundsatz hat etwa in den Rechtssprichwörtern "Hand wahre Hand" oder "Wo du deinen Glauben gelassen hast, da musst du ihn wieder suchen" seinen Niederschlag gefunden.
Vgl. auch Sachsenspiegel, Landrecht II 60 § 1: "Wer einem andern etwas leiht, oder verpfändet, es sei Pferd oder Kleid oder irgend eine bewegliche Habe, oder auf welche Art er sie mit seiner Einwilligung aus seinem Besitz lässt, verkauft er sie, der sie nun in seinem Besitz hat, oder versetzt er sie oder verspielt er sie oder wird sie ihm gestohlen oder geraubt, jener der sie verliehen oder versetzt hat, kann keine Forderung daraus erheben, ausser gegen den, dem er sie lieh oder versetzte" (vgl. Eike von Repgow, Der Sachsenspiegel, hrsg. von Clausdieter SCHOTT, Zürich 1984, S. 147f. [neuhochdeutsche Uebersetzung dieses Paragraphen besorgt von Ruth SCHMIDT-WIEGAND])).
Weiterführend zu diesem Grundsatz der Fahnisverfolgung, Theodor BUEHLER, "Hand wahre Hand" und sein Niederschlag im ZGB, in: ZSR NF 91 I 55ff.
Vgl. hiezu nun auch HUWILER, Vindikationsprinzip versus Hand wahre Hand, in: Petershauser Kolloquium, S. 75ff.
- 69) Vgl. etwa die vielzitierte Digestenstelle 41,2,12,1: 'Nihil commune habet proprietas cum possessione'.
- 70) Dazu Max KASER, Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht, S. 313ff.
- 71) KASER, RPR I, S. 386.
- 72) KASER, RPR I, S. 386; zur 'usucapio', derselbe, RPR I, S. 418ff.
- 73) KASER, RPR I, S. 387; der Begriff 'possessio ad interdicta' ist nicht antik-römisch. Der Interdiktenbesitz heisst im klassischen Recht der Antike einfach 'possessio'.

- 74) Vgl. KASER, RPR I, S. 387ff.
- 75) Der Begriff 'detentio' ist ein gemeinrechtlicher Begriff und ist dort als Gegensatz zum sogenannten "juristischen" Besitz gebildet worden (KASER, RPR I, S. 389 (unten)f.).
- 76) Der Begriff 'naturalis possessio' geht auf den römischen Juristen Julian zurück (Dig. 41,5,2,1). Die 'naturalis possessio' ist als Begriff in Abgrenzung zur 'civilis possessio' gebildet worden.
'Naturalis possessio' wurde von den Klassikern insbesondere dann gebraucht, wenn zum Ausdruck kommen sollte, dass einer bestimmten faktischen Gewalt das qualifizierende Merkmal einer der Sachherrschaft zugrunde liegenden 'iusta causa' fehlt.
Nach Max KASER ist dieser Ausdruck jedoch offenbar für den Interdiktenbesitz nicht verwendet worden (RPR I, S. 386; vgl. in diesem Zusammenhang auch RICCOBONO, ZRG RA 31, S. 321ff. und KUNKEL, in: Symbolae Friburgenses in honorem O. LENEL, Leipzig 1932, S. 40ff.). Aber auch die tatsächliche Sachgewalt schlechthin, also ohne Rücksicht auf deren juristische Qualifikation, konnte als 'naturalis possessio' bezeichnet werden.
- 77) KASER, RPR I, S. 389; HAUSMANINGER/SELB, S. 178.
- 78) JOERS/KUNKEL/WENGER, § 64, S. 112. Die Schutzlosigkeit der Mieter und Pächter führt Heinrich DERNBURG (Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes des römischen Rechts, Halle 1883, S. 69) auf soziale Gründe zurück.
- 79) Dazu KASER, Zur Methode der römischen Rechtsfindung, S. 63/64.
- 80) In diesem Sinne auch JOERS/KUNKEL/WENGER, § 65, S. 113. Von einer Einheit zwischen 'corpus' und 'animus' spricht auch KASER, RPR I, S. 391. Vgl. in diesem Zusammenhang auch Eugen HUBER (Erläuterungen, 2. Bd., S. 385): "Fehlt dieser (sc. der Besitzwille; Anm. des Verfassers), so besteht auch die Gewalt nicht".
- 81) Es war ein sogenanntes 'interdictum duplex' (Gai. IV, 156ff., insbesondere 160). Zur Formel, vgl. KASER, RPR I, S. 398.
- 82) KASER, RPR I, S. 398. Eine anschauliche Darstellung des 'interdictum uti possidetis' und des gesamten Besitzschutzes geben neben KASER (S. 396ff.) etwa auch JOERS/KUNKEL/WENGER, § 66, S. 118ff. ('interdictum uti possidetis', S. 119). Illustrativ ist auch die Darstellung des 'interdictum uti possidetis' bei HAUSMANINGER/SELB, S. 187.

- 83) KASER, Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht, S. 320.
- 84) Zum 'interdictum utrubi', vgl. die vorn N 82 zit. Literatur.
- 85) Es wurde offenbar 'vis atrox' verlangt (vgl. SAVIGNY, Recht des Besitzes, § 40, S. 515). Gegen den Prekaristen, welcher sich Eigenbesitz anmasste und deshalb das ihm leihweise Überlassene Grundstück nicht herausgeben wollte, war das 'interdictum unde vi' nicht gegeben. In einem solchen Fall konnte mit dem - ebenfalls restitutorischen - 'interdictum de precario' vorgegangen werden (JOERS/KUNKEL/WENGER, § 66, S. 120, N 12; KASER, RPR I, S. 400). Zum 'interdictum de clandestina possessione', einem weiteren restitutorischen Interdikt, vgl. JOERS/KUNKEL/WENGER, a.a.O.
- 86) Zum 'interdictum unde vi', vgl. die vorn N 82 zit. Literatur.
- 87) KASER, Römisches Privatrecht (Ein Studienbuch), 13. A., München 1983, § 21, S. 100.
- 88) KASER, RPR II, S. 181.
- 89) KASER, RPR II, S. 182; vgl. auch WEIMAR, Besitz (possessio), Sp. 2065.
- 90) KASER, RPR II, S. 181.
- 91) RPR II, S. 183; vgl. auch WEIMAR, Besitz (possessio), Sp. 2065.
- 92) KASER, RPR II, S. 181.
- 93) WEIMAR, Besitz (possessio), Sp. 2066.
- 94) Vgl. dazu KASER, RPR II, S. 187f.
- 95) Vgl. WIEACKER, PrRGN, S. 45; COING, in: HPrRG I, S. 40f. mit Hinweisen, so etwa auf HASKINS, The Renaissance of the 12th Century, Cambridge (Mass./USA), 1927.
- 96) Vgl. COING, in: HPrRG I, S. 69f.
- 97) COING, in: HPrRG I, S. 41, S. 69; WESENBERG/WESENER, S. 28.
- 98) "Die Meinung, erst die Postglossatoren hätten sich der Praxis zugewandt, ist unrichtig" (WEIMAR, in: HPrRG I, S. 136 mit Hinweisen). Vgl. zur Legistik der Kommentatorenzeit, HORN, in: HPrRG I, S. 261ff.; WIEACKER, PrRGN, S. 80ff.
- 99) Siehe WIEACKER, PrRGN, S. 71ff.

- 100) Vgl. zum Ganzen BRUNS, S. 106.
- 101) BRUNS S. 105/106.
- 102) WESENBERG/WESENER, S. 42.
- 103) Vgl. dazu auch KROESCHELL, Zur Lehre vom "germanischen" Eigentumsbegriff, in: Rechtshistorische Studien, S. 37.
- 104) Zit. nach BRUNS. S. 109.
- 105) Vgl. BRUNS, S. 109. 'Non omnis detentatio est possessio, sed triplex est; nam alia civilis, alia naturalis, alia detentatio, qualem etiam habet colonus' (Johannes BASSIANUS).
- 106) WESENBERG/WESENER, S. 42.
- 107) BRUNS, S. 252.
- 108) WESENBERG/WESENER, S. 42.
- 109) HUEBNER, S. 222; WESENBERG/WESENER, S. 114; HEUSLER, S. 297ff.
- 110) Vgl. zur Gewere als germanische Einrichtung, CONRAD, Deutsche Rechtsgeschichte I, S. 44f.; KOEBLER, Rechtsgeschichte, S. 80f. (mit Kritik); vgl. auch derselbe, Die Herkunft der Gewere, in: TRG 1975, S. 195ff.
- 111) WEIMAR, Besitz (possessio), Sp. 2066; vgl. auch BRUNS, S. 176; BILLETER, S. 42.
- 112) WEIMAR, Besitz (possessio), Sp. 2066/67.
- 113) Die päpstlichen Dekretalen sind Papsterlasse ausserhalb des Dekrets von GRATIAN (WESENBERG/WESENER, S. 20; KROESCHELL, Deutsche Rechtsgeschichte 2, S. 10).
- 114) Vgl. BRUNS, S. 178/179; BILLETER, Der Begriff des Besitzes, S. 43/44.
- 115) 'Caput' bedeutet Kapitel, (bei Gesetzen) Paragraph (vgl. Langenscheidts Handwörterbuch, Lateinisch-Deutsch, Berlin/München 1971, S. 156); 'X' bedeutet 'Liber Extra'; dieser 'Liber Extra' ist eine im Auftrage von Papst Gregor XI. erfolgte abschliessende Sammlung der seit dem 'Decretum Gratiani' ergangenen Dekretalen (siehe oben N 113). Der volle Name des 1234 veröffentlichten Werkes heisst: 'Liber decretalium extra Decretum vagantium' (KROESCHELL, Deutsche Rechtsgeschichte 2, S. 11).

- 116) BRUNS, S. 231; WESENBERG/WESENER, S. 22.
- 117) Zu letzterem sowie zur 'condictio ex canone' in der Legistik, vgl. BRUNS, S. 257f.
- 118) WESENBERG/WESENER, S. 43; vgl. dazu im einzelnen BRUNS, S. 260f. Eine kurze Uebersicht über die Entwicklung dieses Verfahrens gibt auch BILLETTER, S. 46ff.
- 119) HUEBNER, S. 231ff.
- 120) Die Bezeichnung 's u m m a r i i s s i m u m' für das 'possessorium summarium' wurde nach BRUNS (S. 263 Anm. 2) erst im 16. Jahrhundert üblich.
- 121) WESENBERG/WESENER, S. 43
- 122) SCHOTT, Rat und Spruch der Juristenfakultät Freiburg im Breisgau, S. 34.
- 123) SCHLOSSER, S. 50; KOSCHAKER, S. 234.
- 124) SCHLOSSER, S. 50; zu STRYK, vgl. etwa KLEINHEYER/SCHROEDER, S. 275ff.
- 125) Vgl. SCHLOSSER, S. 50; SOELLNER, Zu den Literaturtypen des deutschen 'Usus modernus', S. 174 nach N 10; WIEACKER, PrRGN, S. 207/213.
- 126) Vgl. LAUTNER, Zur Bedeutung des römischen Rechts für die europäische Rechtskultur, S. 22ff.; KOSCHAKER, S. 105ff., insbesondere S. 111.
- 127) Vgl. WIEACKER, PrRGN, S. 206f.; SCHLOSSER, S. 51.
- 128) KLEMM, Eigentum und Eigentumsbeschränkungen in der Doktrin des usus modernus pandectarum, S. 51; vgl. auch BRUNS, S. 387.
- 129) KLEMM, a.a.O., insbesondere N 31.
- 130) Vgl. BRUNS, S. 387/388.
- 131) WIEACKER, PrRGN, S. 221.
- 132) BRUNS, S. 387.
- 133) WIEACKER, PrRGN, S. 221.
- 134) WIEACKER, PrRGN, S. 275 N 96 mit Literaturhinweisen; vgl. auch THIEME, ALR, in: HRG I, Sp. 106.
- 135) THIEME, ALR, Sp. 101: "Vom geltenden römisch-gemeinen Recht ging man aus..."; Sp. 106: "Inhaltlich steht das Gesetz weithin auf dem Boden des Usus modernus pandectarum, aus dessen massgeblichen Lehrbüchern seine Auffassungen geschöpft sind..."; WESENBERG/WE-

SENER, S. 146: "Im Zivilrecht beruht das Gesetzbuch überwiegend auf der herrschenden Lehre seiner Zeit, d.h. auf den Ansichten des Usus modernus und des Naturrechts,...".

- 136) ALR I.7. § 6.
- 137) WESENBURG/WESENER, S. 115.
- 138) ALR I.7. § 124.
- 139) OGRIS, Besitz, in: HRG I, Sp. 391.
- 140) Zu den pseudoisidorischen Dekretalen, Adalbert ERLER, Kirchenrecht, S. 27f.
- 141) Vgl. dazu BRUNS, S. 137ff., insbesondere S. 163ff.; BILLETER, S. 38.
- 142) BRUNS, S. 390.
- 143) Vgl. BILLETER, S. 36.
- 144) BRUNS, S. 392.
- 145) BRUNS, S. 392/393.
- 146) Zur Entstehung dieser Bestimmung in der Kammergerichtsordnung, vgl. BRUNS, S. 373ff.
- 147) Vgl. BRUNS, S. 397/398.
- 148) Vgl. BRUNS, S. 398/399.
- 149) Vgl. vorn nach N 121.
- 150) S. 405.
- 151) Vgl. BRUNS, S. 403/404.
- 152) Mit diesem Einschub "in der Regel" soll auf die Grundsätzlichkeit dieser Norm hingewiesen werden, dass es sich also etwa beim Besitzerwerb des Erben (§ 493) gerade anders verhalten kann (vgl. Prot. GRK vom 13. Sept. 1853 zu § 488 (§ 814), in: StAZ PP 12/1).
- 153) Zum Begriff der "Sache", vgl. BLUNTSCHLI, Erl. zu § 474 PGB, Ziff. 2; vgl. auch § 484 PGB. Obwohl sich 'expressis verbis' aus dem Gesetz nicht ergibt, dass mit "Sache" nur eine 'res corporalis' gemeint ist, lässt sich dies doch aus der Systematik des Besitzrechts und aus dem Wortlaut des obgenannten § 484 schliessen. So unterscheidet BLUNTSCHLI in einem besonderen Teil D. des Abschnittes über den Besitz den "Besitz von Rechten" von den vorstehenden, dem *Sachen* besitz gewidmeten Bestimmungen. In § 484 spricht das Gesetz zudem von "beweglichen Sachen

im eigentlichen Sinne des Wortes" (Hervorhebungen durch den Verfasser) und von verkehrsfähigen Rechten (Forderungen, Schulden), welche (zusammen) das "bewegliche Gut" oder die "fahrende Habe" im Sinne des PGB ausmachten. Daraus lässt sich folgern, dass Rechte, 'res incorporales', keine Sachen im eigentlichen technischen Sinne sind (vgl. dazu HUWILER, S. 168f.).

- 154) Es wird hier gemeinrechtlicher Terminologie gefolgt (vgl. SIBER, Römisches Recht, S. 137; SOHM/MITTEIS/WENGER, Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts, S. 272; JOERS/KUNKEL/WENGER, S. 113).
- 155) Wortlaut der Gesetzesbestimmung aus: Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794; Textausgabe mit einer Einführung von Hans HATTENHAUER und einer Bibliographie von Günther BERNET, Frankfurt a.M./ Berlin 1970, S. 89.
- 156) Wortlaut der Gesetzesbestimmung aus: Oesterreichische Justizgesetze; mit Erläuterungen aus der oberstgerichtlichen Rechtsprechung von Dr. Leo GELLER, Wien 1881, S. 120.
- 157) Mit 'Detention' meint hier SAVIGNY die tatsächliche physische Herrschaft über die Sache (vgl. Recht des Besitzes, § 1, S. 2).
- 158) SAVIGNY, Recht des Besitzes, § 9, S. 128.
- 159) So auch SAVIGNY, Recht des Besitzes, § 14, S. 232f.; anders offenbar noch THIBAUT (Ueber Besitz und Verjährung, 1802, § 4): "... so muss er die Sache durch Ergreifen in seine physische Detention bringen" (zit. nach HEDINGER, S. 23 N 54).
- 160) Recht des Besitzes, § 16, S. 249.
- 161) Erl. zu § 489 PGB, Ziff. 1.
- 162) Recht des Besitzes, § 15, S. 239; § 16, S. 239ff., insbesondere S. 252; § 17, S. 253; vgl. aber auch PUCHTA, Besitz, in: Kleine Schriften, S. 430f.
- 163) Diese Voraussetzung fehlt aber bei Gai.Dig. 41,1,9,6, was HAUSMANINGER/SELB, S. 180, dazu veranlasste anzunehmen, dass die Frage im klassischen römischen Recht kontrovers war.
- 164) Vgl. vorn N 161.
- 165) Vgl. SAVIGNY, Recht des Besitzes, § 16, S. 240.
- 166) Vgl. vorn Ziffer I bei N 46.

- 167) WOLF, Das Zürcherische Privatrecht mit allgemein-fasslichen Erläuterungen, Ziff. 1 zu § 65 revPGB, S. 37.
- 168) 'Si venditorem, quod emerim, deponere in mea domo iusserim possidere me certum est, quamquam id nemo dum attigerit'.
- 169) Recht des Besitzes, § 17, S. 253f.
- 170) Recht des Besitzes, § 17, S. 254.
- 171) Erl. zu § 489 PGB, Ziff. 2.
- 172) Vgl. schon das römische Recht der Antike, KASER, RPR I, S. 394f.
- 173) Vgl. BLUNTSCHLI, Erl. zu § 521 PGB.
- 174) Vgl. Recht des Besitzes, § 9, S. 112ff.
- 175) Besitz, in: Kleine Schriften, S. 411, S. 413f., S. 427f.
- 176) Lehrbuch der Pandekten, § 135, S. 198f.
- 177) Siehe BRUNS, S. 457f. Nach dem österreichischen ABGB hat *S a c h e n b e s i t z* im eigentlichen Sinne nur derjenige, dem ein 'animus domini' zukommt. Jeder andere Sachinhaber ist demzufolge blosser Detentor und geniesst als solcher keinen possessorischen Schutz. Dem weiten Sachverständnis des Gesetzes (vgl. dazu HUWILER, S. 134ff.) entspricht es nun aber, dass Besitz auch an allen unkörperlichen Sachen, "welche Gegenstand des rechtlichen Verkehrs sind" (§ 311 ABGB), mithin auch an Forderungen, vorliegen kann. Wenn nun ein Detentor ein Recht auf die Sache in eigenem Namen ausübt, so hat er den Besitz dieses Rechts. Auf diese Weise kommt etwa der Mieter gleichwohl in Genuss des Besitzesschutzes. Vgl. auch RANDA, S. 1, S. 6.
- 178) Recht des Besitzes, § 9, S. 125ff.
- 179) SAVIGNY, Recht des Besitzes, § 5, S. 25/26.
- 180) SAVIGNY, Recht des Besitzes, § 9, S. 127.
- 181) Vgl. Prot. GRK vom 13. September 1853 zu § 490 (§ 816), in: StAZ PP 12/1,
- 182) Vgl. BLUNTSCHLI, Erl. zu § 490, Ziff. 1.
- 183) Siehe Gesetzestext von § 490.
- 184) Erl. zu § 490, Ziff. 1.

- 185) Prot. GRK vom 13. September 1853 zu § 490 (§ 816), in: StAZ PP 12/1.
- 186) § 54, S. 233/234.
- 187) Unter 'Volk' müssen wir hier wohl die Bevölkerung sämtlicher deutschsprachiger Länder verstehen.
- 188) BLUNTSCHLI, Die bisherigen neuen Gesetzbücher des Auslandes, S. XIX.
- 189) S. 51.
- 190) Vgl. etwa C.F. KOCH, Kommentar zum Allgemeinen Landrecht für die Preussischen Staaten I/1, S. 318 Anm. 7; vgl. auch BRUNS, S. 435f.
- 191) BLUNTSCHLI, Deutsches Privatrecht, 1. Bd., S. 239 N 1.
- 192) Vgl. BLUNTSCHLI, Die bisherigen neuen Gesetzbücher des Auslandes, und derselbe, Die bisherigen neuen Gesetzbücher der schweizerischen Kantone.
- 193) Erl. zu § 490, Ziff. 2.
- 194) Erl. zu § 490, Ziff. 2, lit. a - d.
- 195) Vgl. C.F. KOCH, Kommentar zum Allgemeinen Landrecht für die Preussischen Staaten I/2, S. 191 Anm. 18a; FOERSTER, Theorie und Praxis, II. Bd., § 139, S. 282 N 48.
- 196) Vgl. BLUNTSCHLI, Deutsches Privatrecht, 1. Bd., § 56, S. 243.
- 197) Deutsches Privatrecht, 1. Bd., § 56, S. 244.
- 198) Deutsches Privatrecht, 1. Bd., § 54, S. 234.
- 199) ELSENER, Die Schweizer Rechtsschulen, S. 385 N 11 unter Hinweis auf FELLER/BONJOUR, Geschichtsschreibung der Schweiz II, Basel/Stuttgart 1962, S. 804ff.
- 200) Zit. nach MUELLER-BUECHI, in: ZSR NF 84 I (1965), S. 349 N 61.
- 201) Vgl. 1.)B.)b.) und c.).
- 202) D.h. der Eigentümer und Eigenbesitzer, welcher die Sache zum beschränkten dinglichen Recht des Pfandes weggibt.
- 203) Recht des Besitzes, S. 340f.
- 204) Einen mehrfachen Besitz für das zürcherische PGB nimmt auch BILLETTER, S. 71 und 88, an; vgl. auch ARNDTS, Die neuesten Versuche deutscher Civil-Gesetzgebung, S. 357.

- 205) Deutsches Privatrecht, 1. Bd., § 56, Ziff. 3b, S. 241f.
- 206) Deutsches Privatrecht, 1. Bd., § 56, Ziff. 1, S. 240.
- 207) Vgl. BILLETTER, S. 73f.
- 208) J.C. BLUNTSCHLI, Erl. zu § 502 PGB.
- 209) Vgl. vorn 1.) A.).
- 210) Vgl. vorn in N 57.
- 211) Vgl. GAUPP, in: Zeitschrift für deutsches Recht I (1839), S. 105; ALBRECHT, Die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts, S. 23ff.
- 212) Vgl. BLUNTSCHLI, Deutsches Privatrecht, 1. Bd., § 54, S. 237.
- 213) BLUNTSCHLI, Deutsches Privatrecht, 1. Bd., § 54, S. 234f.
- 214) BLUNTSCHLI, Erl. zu § 493, Ziff. 1.
- 215) System und Geschichte, Bd. III, S. 111.
- 216) Erl. zu § 122 revPGB (= § 538 aPGB), Ziff. 2, S. 120.
- 217) Vgl. § 521 PGB.
- 218) Deutsches Privatrecht, 1. Bd., § 54, S. 235.
- 219) Des Sachsenspiegels zweiter Theil, Berlin 1844, S. 421.
- 219a) Vgl. hinten lit. B)c.)
- 220) Vgl. GRAF/DIETHERR, Deutsche Rechtssprichwörter, Nördlingen 1864, S. 205 u. S. 206/7; STOBBE, S. 21 insbes. auch N 2; vgl. auch Prot. GRK vom 13. September 1853 zu § 493 (§ 819), in: StAZ PP 12/1.
- 221) Vgl. KLEINHEYER/SCHROEDER, S. 206; dort wird PUCHTA sogar als der nach SAVIGNY bedeutendste Vertreter des romanistischen Zweiges der historischen Rechtsschule bezeichnet.
- 222) Besitz, in: Kleine Schriften, S. 414f.; siehe auch SAVIGNY, Recht des Besitzes, § 28, S. 376f.
- 223) Erl. zu § 493 PGB, Ziff. 1 (Hervorhebung durch den Verfasser).
- 224) FOERSTER, Theorie und Praxis, III. Bd., § 160, S. 63.
- 225) BRUNS, S. 260.
- 226) HUEBNER, S. 229.
- 227) HUEBNER, S. 229f.

- 228) S. 114f.
- 229) Deutsches Privatrecht, 2. Bd., § 114, S. 214f.
- 230) Vgl. ALR I.7. § 96.
- 231) Materialien des ALR, S. 275.
- 232) Vgl. FOERSTER, Theorie und Praxis, III. Bd., § 161, S. 64 N 23.
- 233) Vgl. Archiv für die civilistische Praxis 36, S. 114.
- 234) Erl. zu § 122 revPGB (= § 538 aPGB), Ziff. 2, S. 120.
- 235) S. 264.
- 236) Prot. GRK vom 13. September 1853 zu § 493 (§ 819), in: StAZ PP 12/1.
- 237) "Zum Begriff des *r e d l i c h e n* Besitzes ist nicht gerade notwendig das *W i s s e n* eines genügenden Rechtsgrundes, wohl aber das *N i c h t w i s s e n* des Mangels an einem Rechtsgrund" (BLUNTSCHLI, Erl. zu § 497 PGB, Ziff. 1).
- 238) Man vergleiche bezüglich des Erfordernisses der fehlerfreien Besitzergreifung den ausdrücklichen Hinweis in § 495 auf § 494.
- 239) Diese Besitz- bzw. Eigenbesitzanmassung wird im Gesetzestext von § 494 mit "Missbrauch des Vertrauens" umschrieben. In den diesbezüglichen Erläuterungen gibt uns J.C. BLUNTSCHLI folgende Beispiele:
- "Wird einem eine Sache zum Gebrauch geliehen, und es will der Entlehner den *L e i h b e s i t z* nun willkürlich in Eigenbesitz umwandeln, oder der Dienstbote die ihm zum Innehaben anvertraute Sache für sich zu besitzen anfangen, so ist auch das unehrlicher Besitz" (Erl. zu § 494 lit. c).
- 240) Zu Johann Jakob RUETTIMANN, vgl. HBLS, V. Bd., S. 751, Nr. 2.
- 241) J.J. RUETTIMANN, Die Lehre vom Besitze, S. 202.
- 242) Vgl. Erl. zu § 516 PGB, Ziff. 1.
- 243) Vgl. auch SCHNEIDER, Erl. zu § 71 revPGB (= § 495 aPGB), Ziff. 1.
- 244) Siehe den Gesetzeswortlaut von § 495 in fine sowie die entsprechenden Erläuterungen in fine.

- 245) Vgl. RANDA, S. 141. Vgl. auch § 1461 ABGB: "Jeder Besitz, der sich auf einem solchen Titel gründet, welcher zur Uebernahme des E i g e n t h u m s, wenn ein solches dem Uebergeber gebührt hätte, hinreichend gewesen wäre, ist rechtmässig..." oder § 316 ABGB: "Der Besitz einer Sache heisst rechtmässig, wenn er auf einem gültigen Titel, das ist, auf einem zur Erwerbung tauglichen Rechtsgrund beruht, im entgegengesetzten Falle heisst er unrechtmässig".
- 246) Vgl. RUETTIMANN, Die Lehre vom Besitze, S. 202/203.
- 247) So FOERSTER, Theorie und Praxis, III. Bd., § 163, S. 95. Die massgebende Bestimmung des ALR lautet: "Die Rechtmässigkeit oder Unrechtmässigkeit des Besitzes hängt von der Beschaffenheit und Gültigkeit des Titels ab, auf welchem das Recht zu besitzen sich gründet".
- 248) Vgl. § 498 PGB.
- 249) Vgl. RUETTIMANN, Die Lehre vom Besitze, S. 210f.
- 250) RUETTIMANN, Die Lehre vom Besitze, S. 212. Vgl. BLUNT-SCHLI, Erl. zu § 495 PGB. Zum gleichen Schluss kommt auch FOERSTER für das allgemeine preussische Landrecht: "Der rechtmässige Besitzer kann nie ein unredlicher (...) sein..." (Theorie und Praxis, III. Bd., § 163, S. 95 N 13). Dieser Satz findet sich bereits bei Carl Gottlieb SVAREZ (1746 - 1798) in einer Revisionsbemerkung anlässlich der Vorarbeiten zum preussischen Gesetz: "Der rechtmässige Besitzer ist zwar, in sensu juris, zugleich ein redlicher Besitzer..." (vgl. Materialien des allgemeinen Landrechts zu den Lehren vom Gewahrsam und Besitz und von der Verjährung, hrsg. von August Heinrich SIMON und Heinrich Leopold VON STRAMPFF, in: Zeitschrift für wissenschaftliche Bearbeitung des preussischen Rechts, III. Band, S. 219).
Schon damals fehlte es aber nicht an Gegenmeinungen, wie aus einer Bemerkung eines Monenten zu dieser Frage ersichtlich ist (Materialien des allgemeinen Landrechts, S. 214f.): "Eben so kann im Gegensatz mein Besitz nach allen Formen rechtmässig sein, wenn ich gleich bei einer mir beiwohnenden Wissenschaft, dass die Sache einem anderen gehöre, ein unredlicher Besitzer bin. Es ist daher nothwendig, den rechtmässigen und unrechtmässigen Besitz nicht mit dem redlichen und unredlichen zu vermischen, sondern beide genau von einander abzusondern (...). Auch derjenige befindet sich in einem unredlichen Besitze, welcher zwar die Rechtmässigkeit und Gültigkeit des Titels zum Besitze auf seiner Seite hat, jedoch weiss, dass einem Andern ein besseres Recht oder Eigenthum an der Sache zustehe".

- 251) "Rechtlich" heisst es in der mir zur Verfügung stehenden Ausgabe des ABGB. Es liegt hier jedoch zweifellos ein Versehen vor. Richtigerweise müsste es heissen: "redlicher Besitzer" (vgl. etwa den Gesetzeswortlaut im Kommentar von Moriz VON STUBENRAUCH, Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch vom 1. Juli 1811 sammt den dazu erlassenen Nachtrags-Verordnungen, 1. Bd., Wien 1854, § 326 ABGB).
- 252) Vgl. SCHNEIDER, Erl. zu § 73 revPGB (= § 497 aPGB), Ziff. 1 in fine.
- 253) Vgl. BLUNTSCHLI, Erl. zu § 494 lit. a/b.
- 254) Vgl. Schauberg's Beiträge zur Zürcherischen Rechtspflege, 19. Bd. (1854), S. 242ff.
- 255) Vgl. BLUNTSCHLI, Erl. zu § 494, lit. a.
- 256) Vgl. BLUNTSCHLI, Erl. zu § 497, Ziff. 3.
- 257) Vgl. BLUNTSCHLI, Erl. zu § 497, Ziff. 3.
- 258) Vgl. BLUNTSCHLI, Erl. zu § 499.
- 259) Die entsprechende Bestimmung des preussischen Landrechts lautet: "Wer schon zur Zeit der Erwerbung des Besitzes, bey der Anwendung eines gewöhnlichen Grades von Aufmerksamkeit Ursach hatte, an der Gültigkeit seines Besitztittels zu zweifeln, und sich dennoch ohne weitere Untersuchung den Besitz zueignet, der wird bey einer in der Folge sich veroffenbarenden Unrechtmässigkeit desselben, einem unredlichen Besitzer gleich geachtet" (I.7. § 15).
- 260) § 323 ABGB: "Der Besitzer einer Sache hat die rechtliche Vermuthung eines gültigen Titels für sich; er kann also zur Angabe desselben nicht aufgefordert werden".
I.7. § 179 ALR: "Jeder Besitzer hat in der Regel die Vermuthung der Rechtmässigkeit und Redlichkeit seines Besitzes für sich".
- 261) Vgl. hinten lit. c).
- 262) Vgl. hinten lit. b).
- 263) SAVIGNY, Recht des Besitzes, § 37, S. 477.
- 264) Vgl. Moriz VON STUBENRAUCH, Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, Ziff. 1 zu §§ 346 - 348 ABGB, S. 691.
- 265) Vgl. FOERSTER, Theorie und Praxis, III. Bd., § 162, S. 76: "... so entschieden sie (die Rechtsansicht, wonach der Detentor gegen Dritte possessorischen Schutz geniesst; Anmerkung des Verfassers) auch dem römischen

Recht widerspricht, (so ist) sie in der gemeinrechtlichen Praxis doch nie ohne Anerkennung geblieben, daher von den Redaktoren des ALR nicht willkürlich erfunden...".

- 266) Vgl. I.7. §§ 141/146 ALR. Allerdings hat der Detentor gegen denjenigen, in dessen Name er die Sache in seinem Gewahrsam hat, keine possessorische Klage. Dies selbst dann nicht, wenn der Auktor seinen Inhaber unter Anwendung unerlaubter Gewalt entwert hat (siehe FOERSTER, Theorie und Praxis, III. Bd., § 162, S. 76 N 7). Vgl. dazu auch Materialien des allgemeinen Landrechts, S. 283f. und I.7. § 144 ALR.
- 267) Vgl. FOERSTER, Theorie und Praxis, III. Bd., § 162, S. 89f.
- 268) SAVIGNY, Recht des Besitzes, § 38, S. 490/491.
- 269) SAVIGNY, Recht des Besitzes, § 40, S. 540ff.
- 270) Pandekten, § 136, S. 198f.
- 271) Pandektenvorlesungen, S. 298.
- 272) Lehrbuch des Pandektenrechts, 1. Bd., S. 401.
- 273) BLUNTSCHLI, Erl. zu § 501, Ziff. 1.
- 274) Prot. GRK vom 14. September 1853 zu § 501 (§ 827), in: StAZ PP 12/1.
- 275) Vgl. RUETTIMANN, Die Lehre vom Besitze, S. 231. Man beachte den gegenüber § 501 abweichenden Wortlaut in § 503, wo von "verteidigen" nirgends die Rede ist.
- 276) Vgl. WOLF, Das Zürcherische Privatrecht mit allgemeinfasslichen Erläuterungen, zu § 77 revPGB (= § 501 aPGB).
- 277) BLUNTSCHLI, Erl. zu § 503, Ziff. 2.
- 278) BLUNTSCHLI, Erl. zu § 501, Ziff. 1.
- 279) Vgl. Iso KELLER, S. 265.
- 280) Zum Begriff des ideellen Besitzes, vgl. vorn lit. A.)b).
- 281) Vgl. dazu WOLF, Das Zürcherische Privatrecht mit allgemeinfasslichen Erläuterungen, zu § 78 revPGB (= § 502 aPGB).

- 282) Vgl. BLUNTSCHLI, Erl. zu § 502; WOLF, Das Zürcherische Privatrecht mit allgemeinfasslichen Erläuterungen, zu § 78 revPGB (= § 502 aPGB).
- 283) BLUNTSCHLI, Erl. zu § 502.
- 284) SCHNEIDER, Erl. zu § 78 revPGB (= § 502 aPGB), Ziff. 1. Zum 'possessorium summariissimum', vgl. vorn Ziffer 1.) lit. B.)c).
- 285) Vgl. vorn lit. a) bei N 261.
- 286) In den Erläuterungen steht eigentlich 'clandestina possessio', doch muss es sich hierbei mit Sicherheit um einen Druckfehler handeln (vgl. BLUNTSCHLI, Erl. zu § 505, lit. c.β.). Im Kommentar SCHNEIDERS zum revidierten Zürcher Privatrechtlichen Gesetzbuch finden wir hinter "List" in Klammern das lateinische 'clam'. Mit 'clandestina possessio' ist der 'clam' erworbene Besitz gemeint (vgl. vorn Ziff. 1.) lit. B.)a)).
- 287) Für den blossen Gewahrsamsinhaber muss wohl das gleiche gelten. Dem Detentor (oder eben blossen Gewahrsamsinhaber) stehen g e g e n D r i t t e ganz allgemein die Besitzinterdikte zu (vgl. FOERSTER, Theorie und Praxis, III. Bd., § 162, S. 76; vgl. auch a.a.O., S. 76 N 7). A.M. jedoch offenbar J.D.H. TEMME, Handbuch des Preussischen Civilrechts, S. 84, § 101 Ziff. 1, der in enger Anlehnung an den Wortlaut der Bestimmungen von I.7. § 146 und I.7. § 147 dem blossen Gewahrsamsinhaber den Interdiktschutz nur bei gewalttätiger Besitzentsetzung zubilligen will.
- 288) Vgl. dazu im Sinne einer Vertiefung, Julius OFNER (Hrsg.), Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, S. 240 (Beratung zu § 65 des Entwurfes).
- 289) Vgl. SAVIGNY, Recht des Besitzes, §§ 40ff., S. 505ff.
- 290) SAVIGNY, Recht des Besitzes, § 40, S. 527/528, dort (S. 528) auch N (1), S. 533.
- 291) Pandekten, § 135, S. 198, lit.a.
- 292) Pandektenvorlesungen, § 158, S. 299.
- 293) Pandekten, § 173, S. 267, Anm. 1.
- 294) Lehrbuch des Pandektenrechts, 1. Bd. (bearbeitet von Theodor KIPP), § 160, S. 724, Anm. 4.
- 295) Recht des Besitzes, § 42, S. 559.

- 296) Recht des Besitzes, § 41, S. 553.
- 297) Recht des Besitzes, § 41, S. 553/554.
- 298) Anders die ältere römisch-antike Lehre, so bei LABEO; vgl. SAVIGNY, Recht des Besitzes, § 31, S. 413; JOERS/KUNKEL/WENGER, § 66, S. 120 N 12.
- 299) Vgl. SAVIGNY, Recht des Besitzes, § 31, S. 409ff.; § 41, S. 553.; vgl. auch JOERS/KUNKEL/WENGER, § 65, S. 117.
- 300) Recht des Besitzes, § 41, S. 553.
- 301) Entwurf des Sachenrechts (PGB) von 1851, in: StAZ III Cb 6, § 831 (= § 505).
- 302) Prot. GRK vom 14. September 1853 zu § 505 (§ 831), in: StAZ PP 12/1.
- 303) Vgl. BLUNTSCHLI, Erl. zu § 505, lit. e. in fine.
- 304) Vgl. auch BLUNTSCHLI, Erl. zu § 507.
- 305) Vgl. FOERSTER, Theorie und Praxis, III. Bd., § 162, S. 85, N 61.
- 306) Vgl. etwa schon RUETTIMANN, Die Lehre vom Besitze, S. 233.
- 307) Recht des Besitzes, § 40, S. 518 ('interdictum unde vi'); a.a.O. § 42, S. 559f. ('interdictum de precario').
- 308) Recht des Besitzes, § 50, S. 627f., insbesondere S. 628 (oben).
- 309) Pandekten, § 135, S. 138, Anm. c.
- 310) Lehrbuch des Pandektenrechts, 1. Bd., S. 407.
- 311) Vgl. vorn Ziff. 1.) lit. B.)b) und c).
- 312) Vgl. dazu auch HEDINGER, S. 59 betreffend Art. 927 Abs. 2 ZGB.
- 312a) Vgl. in diesem Zusammenhang auch die ähnliche Kritik HEDINGERS (S. 59ff., inbes. S. 61f.) an der im schweizerischen ZGB getroffenen Lösung in Art. 927 Abs. 2 (vgl. hinten vor N 358 und nach N 360).
- 313) BLUNTSCHLI, Erl. zu § 516, Ziff. 1; vgl. auch Prot. GRK vom 14. September 1853 zu § 516 (§ 842), in: StAZ PP 12/1.
- 314) Zur 'actio Publiciana' im klassischen römischen Recht, HAUSMANINGER/SELB, S. 222f.; JOERS/KUNKEL/WENGER, § 80, S. 142/143. Vgl. auch Peter APATHY, Die publizianische Klage; das relative dingliche Recht des rechtmässigen Besitzers, S. 12ff. mit Hinweisen.

- 315) BLUNTSCHLI, Erl. zu § 516, Ziff. 1.
- 316) Eine Ersitzung ist in jedem Fall notwendig, da das PGB einen gutgläubigen Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten nicht kennt (vgl. demgegenüber Art. 714 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 933 des schweizerischen ZGB). Der Klärung bedürfte allenfalls noch die Frage, inwiefern etwa andere dingliche Rechte als Eigentum ersessen und somit durch Zeitablauf wirklich erworben werden können; dies deshalb, weil BLUNTSCHLI die dingliche Besitzrechtsklage auch auf Tatbestände ausdehnt, bei denen das dem Besitz entsprechende dingliche Recht nicht Eigentum, sondern etwa Nutzniessung darstellt (vgl. BLUNTSCHLI, Erl. zu § 516, Ziff. 1 und 2).
- 317) BLUNTSCHLI, Erl. zu § 516, Ziff. 1.
- 318) BLUNTSCHLI, Erl. zu § 516, Ziff. 1 in fine.
- 319) Vgl. BLUNTSCHLI, Erl. zu § 517, Ziff. 1, lit. b.
- 320) Vgl. Gesetzestext von § 516 in fine.
- 321) Vgl. dazu etwa BLUNTSCHLI, Erl. zu § 505, lit. e.
- 322) Diese Sonderstellung wird - dies sei der Vollständigkeit halber hier noch gesagt - auch dadurch verdeutlicht, dass die publizianische Klage des PGB nicht wie die vorstehend behandelten Besitzesklagen in einem *B e f e h l s v e r f a h r e n* (vgl. § 508), sondern in einem *o r d e n t l i c h e n* Verfahren behandelt wird (vgl. BLUNTSCHLI, Erl. zu § 516, Ziff. 3 in fine).
- 323) Siehe vorn bei N 319.
- 324) Der beklagte Eigentümer ist erst nachträglich - etwa durch Erbgang - dinglich Berechtigter an der von ihm verkauften Sache geworden.
- 325) Vgl. BLUNTSCHLI, Erl. zu § 517, Ziff. 2.
- 326) Vgl. BLUNTSCHLI, Erl. zu § 517, Ziff. 1, lit. a.
- 327) BLUNTSCHLI, Erl. zu § 517, Ziff. 1, lit. a.
- 328) BLUNTSCHLI, Erl. zu § 517, Ziff. 1, lit. a. in fine.
- 329) Vgl. BLUNTSCHLI, Erl. zu § 517, Ziff. 1, lit. a. in fine.
- 330) 'Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus, quis magis Publiciana uti possit, utrum is cui priori res tradita est an is qui tantum emit. et Julianus libro septimo digestorum scripsit, ut, si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit cui priori res tradita est, quod si a diversis non dominis, melior causa sit possidentis quam petentis'.

- 331) Siehe etwa HAUSMANINGER/SELB, S. 223.
- 332) Bei N 315.
- 333) BLUNTSCHLI, Erl. zu § 516, Ziff. 3
- 334) Vgl. zur publizianischen Klage im Recht des ABGB, Peter APATHY, Die publizianische Klage; das relative dingliche Recht des rechtmässigen Besitzers, S. 23ff.
- 335) Vgl. dazu FOERSTER, Theorie und Praxis, III. Bd., S. 101ff., insbesondere S. 105ff. mit vielen Hinweisen.
- 336) BRUNS, S. 441. Vgl. dazu das 'Corpus iuris Fridericianum' von 1781 II.7. § 1: "Das 'poss. summar.' findet statt, wenn Jemand in dem Besitze einer Sache oder eines Rechts beunruhigt, oder dieses Besitzes heimlich oder gewaltsamer Weise entsetzt wurde". I.3. § 18: "Ausser dem 'poss. summar.' soll kein Unterschied weiter zwischen dem 'petit.' und 'possess.' stattfinden, sondern alle Facta, welche zur Entscheidung der Frage des Besitzes und des wirklichen Rechts gehören, sollen zugleich untersucht werden - und über die etwaigen Folgen des Besitzes nach der verschiedenen Qualität desselben erkannt werden" (zit. nach BRUNS, S. 437 N 1).

Ad. III.

- 337) Weisung der GRK an den Grossen Rat (Sachenrecht) vom 17. Dezember 1853, in: StAZ P 4.1, S. 2.
- 338) Vgl. dazu auch Johannes SCHNELL, in: ZSR 6, S. 83: "Im Zürcher Gesetz finden wir eine ausführliche Darstellung der Besitzlehre, g a n z n a c h r ö m i s c h e n G r u n d b e g r i f f e n" (Hervorhebungen durch den Verfasser).
- 339) BLUNTSCHLI, Deutsches Privatrecht, 1. Bd., § 56, S. 241.
- 340) BLUNTSCHLI, Deutsches Privatrecht, 1. Bd., § 56, S. 230 und 239.
- 341) Im VII. Teil dieses Zürcher "Stadt- und Landrechtes", in § 27, ist zwar von "Ober- und Untergewehr" die Rede, doch handelt es sich hierbei nicht um die Gewere im Sinne des mittelalterlichen Sachenrechts, sondern einfach um Waffen! "Untergewehr" bedeutet Kurzgewehr, Seitengewehr (Bajonett), "Obergewehr" demgegenüber Feueergewehr, Schiessgewehr (Vgl. Jacob und Wilhelm GRIMM, Deutsches Wörterbuch, Band 6, Leipzig 1911, Sp. 5416).
- 342) Zum Begriff, Wolfgang WIEGAND, Sachenrecht im Obligationenrecht, in: Das Obligationenrecht 1883 - 1983, S. 110.
- 343) Vgl. zu BLUNTSCHLIS Bestreben, das "Verkehrsrecht" über das eigene Territorium hinaus anderen Rechtsordnungen anzugleichen, HUWILER, Begriff und Rechtswirkung: Zum Zessionsrecht des OR von 1881, in: Das Obligationenrecht 1883 - 1983, S. 233.
- 344) Vgl. vorn II. 1.) B.)c).
- 345) SCHLOSSER, S. 50.
- 346) Vgl. THIEME, ALR, in: HRG I, Sp. 106.
- 347) Vgl. vorn II. 1.) B.)c) bei N 134.
- 348) GIERKE, Deutsches Privatrecht, 2. Bd., S. 216.
- 349) Vgl. GUGGENBUEHL, S. 97f.
- 350) Vgl. etwa auch Iso KELLER, S. 264f.
- 351) Vgl. BAUHOFFER, in: ZSR NF 46 (1927) S. 37 N 115.
- 352) HUBER, System und Geschichte, Bd. IV, S. 194f.
- 353) Vgl. etwa TUOR/SCHNYDER, S. 553.

- 354) HUBER, Erläuterungen, 2. Bd., S. 385.
- 355) HUBER, Erläuterungen, 2. Bd., S. 374.
- 356) HUBER, Erläuterungen, 2. Bd., S. 373f.
- 357) HUBER, Erläuterungen, 2. Bd., S. 389.
- 358) Vgl. Art. 969 VE (ZGB).
- 359) Zu C.C. BURCKHARDT, vgl. HBLs, II. Bd., S. 455, Nr. 16.
- 360) Prot. der Grossen Expertenkommission (Sachenrecht) 3. Session (3. - 15.11.1902), S. 312f.; vgl. auch HEDINGER, S. 58 N 205.
- 361) N 19 zu Art. 927 ZGB.
- 362) Vgl. HEDINGER, S. 59ff.; kritisch zu dieser gesetzlichen Regelung des ZGB offenbar auch HINDERLING, Der Besitz, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. V/1, S. 455.
- 363) Vgl. HOMBERGER, N 8 zu Art. 927 ZGB.
- 364) Vgl. etwa STARK, N 5 zu Art. 927 ZGB.
- 365) HUBER, Erläuterungen, 2. Bd., S. 389.
- 366) Vgl. dazu von II. 1.) A.).
- 367) Vgl. HUBER, System und Geschichte, Bd. III, S. 107.

CURRICULUM VITAE

Am 30. September 1956 wurde ich als zweites Kind von Walter und Elly Affentranger - Kurt in Zürich geboren. 1963 siedelten meine Eltern nach Adliswil über, wo ich die Primarschule besuchte. Im Frühjahr 1969 trat ich in die Vorbereitungs-klasse 6B des Freien Gymnasiums Zürich und ein Jahr später daselbst in die erste Gymnasialklasse ein. An derselben Schule erwarb ich 1976 das Maturitätszeugnis (Typus A). Noch im gleichen Jahr immatrikulierte ich mich an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Am 26. Mai 1982 wurde ich zum Lizentiaten der Rechtswissenschaft promoviert. Nach einem kurzen Stage beim Rechtskonsulenten der Bank Hofmann AG in Zürich kehrte ich im Herbst 1982 an die Universität Zürich zurück, wo ich eine Ganztagesstelle als Assistent von Prof. Dr. E.W. Stark, Ordinarius für Schweizerisches Privatrecht, annahm.

Auf den 1. Oktober 1984 wechselte ich an das Bezirksgericht Zürich, wo ich als Auditor Erfahrungen in der Gerichtspraxis sammelte. Vom Herbst 1985 bis Sommer 1986 vertiefte ich meine praktisch-juristische Ausbildung halbtagesweise als Substitut bei den Rechtsanwälten Dr. Andrea H. Schuler und Dr. E. Tillmann in Zürich. Daran schloss sich ein mehrmonatiger Studienaufenthalt in der Londoner Anwaltsfirma Pritchard, Englefield & Tobin an. Seit dem 1. Dezember 1986 arbeite ich als Zuständiger für Rechtsfragen im Stab des Wertschriftenchefs einer Zürcher Grossbank. Die vorliegende Arbeit entstand im wesentlichen in den Jahren 1984 bis 1986 neben meiner beruflichen Tätigkeit. Am 3. Juni 1987 wurde ich zum Doktor der Rechtswissenschaft promoviert.

